SENATE SÉNAT

CANADA

First Session
Forty-second Parliament, 2015-16-17-18

Proceedings of the Standing Committee on

RULES, PROCEDURES AND THE RIGHTS OF PARLIAMENT

Chair:
The Honourable LEO HOUSAKOS

Tuesday, May 1, 2018
Tuesday, May 8, 2018
Tuesday, May 22, 2018

Issue No. 13

Twelfth, thirteenth and fourteenth meetings:

Pursuant to rule 12-7(2)(c), consideration of the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament

WITNESSES:
(*See back cover*)

Première session de la
quarante-deuxième législature, 2015-2016-2017-2018

Délibérations du Comité permanent du

RÈGLEMENT, DE LA PROCÉDURE ET DES DROITS DU PARLEMENT

Président :
L'honorable LEO HOUSAKOS

Le mardi 1er mai 2018
Le mardi 8 mai 2018
Le mardi 22 mai 2018

Fascicule nº 13

Douzième, treizième et quatorzième réunions :

Conformément à l'article 12-7(2)(c) du Règlement, étude des ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires

TÉMOINS :
(*Voir à l'endos*)

54004-54041-54069

STANDING COMMITTEE ON RULES, PROCEDURES AND THE RIGHTS OF PARLIAMENT

The Honourable Leo Housakos, *Chair*

The Honourable Serge Joyal, P.C., *Deputy Chair*

The Honourable Murray Sinclair, *Deputy Chair*

and

The Honourable Senators:

Batters
* Day
(or Mercer)
Eggleton, P.C.
Frum
Gold
Greene
* Harder, P.C.
(or Bellemare)
(or Mitchell)
Maltais
Marwah
Mercer
Mitchell
Ringuette
Saint-Germain
Seidman
* Smith
(or Martin)
Wells
Woo
* Woo
(or Saint-Germain)

*Ex officio members

(Quorum 4)

Changes in membership of the committee:

Pursuant to rule 12-5 and to the order of the Senate of November 7, 2017, membership of the committee was amended as follows:

The Honourable Senator Sinclair replaced the Honourable Senator Griffin (*May 8, 2018*).

The Honourable Senator Griffin replaced the Honourable Senator Sinclair (*May 7, 2018*).

The Honourable Senator Ringuette replaced the Honourable Senator Omidvar (*May 1, 2018*).

The Honourable Senator Sinclair replaced the Honourable Senator Griffin (*May 1, 2018*).

The Honourable Senator Omidvar replaced the Honourable Senator Ringuette (*April 30, 2018*).

The Honourable Senator Griffin replaced the Honourable Senator Sinclair (*April 30, 2018*).

COMITÉ PERMANENT DU RÈGLEMENT, DE LA PROCÉDURE ET DES DROITS DU PARLEMENT

Président : L'honorable Leo Housakos

Vice-président : L'honorable Serge Joyal, C.P.

Vice-président : L'honorable Murray Sinclair

et

Les honorables sénateurs :

Batters
* Day
(ou Mercer)
Eggleton, C.P.
Frum
Gold
Greene
* Harder, C.P.
(ou Bellemare)
(ou Mitchell)
Maltais
Marwah
Mercer
Mitchell
Ringuette
Saint-Germain
Seidman
* Smith
(ou Martin)
Wells
Woo
* Woo
(ou Saint-Germain)

* Membres d'office

(Quorum 4)

Modifications de la composition du comité :

Conformément à l'article 12-5 du Règlement et à l'ordre adopté par le Sénat le 7 novembre 2017, la liste des membres du comité est modifiée, ainsi qu'il suit :

L'honorable sénateur Sinclair a remplacé l'honorable sénatrice Griffin (*le 8 mai 2018*).

L'honorable sénatrice Griffin a remplacé l'honorable sénateur Sinclair (*le 7 mai 2018*).

L'honorable sénatrice Ringuette a remplacé l'honorable sénatrice Omidvar (*le 1er mai 2018*).

L'honorable sénateur Sinclair a remplacé l'honorable sénatrice Griffin (*le 1er mai 2018*).

L'honorable sénatrice Omidvar a remplacé l'honorable sénatrice Ringuette (*le 30 avril 2018*).

L'honorable sénatrice Griffin a remplacé l'honorable sénateur Sinclair (*le 30 avril 2018*).

Published by the Senate of Canada
Available on the Internet: http://www.parl.gc.ca

Publié par le Sénat du Canada
Disponible sur internet : http://www.parl.gc.ca

MINUTES OF PROCEEDINGS

OTTAWA, Tuesday, May 1, 2018
(40)

[*English*]

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:30 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Leo Housakos, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Eggleton, P.C., Frum, Gold, Greene, Griffin, Housakos, Joyal, P.C., Maltais, Marwah, Omidvar, Seidman, Wells and Woo (14).

In attendance: David Groves, Marc-André Roy and Laurence Brosseau, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 12-7(2)(c), the committee considered the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

WITNESS:

As an individual:

Richard Gordon, Barrister, Brick Court Chambers.

The chair made a statement.

Mr. Gordon made a statement and answered questions.

At 10:09 a.m., the committee suspended.

At 10:11 a.m., the committee resumed.

Mr. Gordon answered questions.

At 10:39 a.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, Tuesday, May 8, 2018
(41)

[*English*]

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:32 a.m., in room 257, East Block, the chair, the Honourable Leo Housakos, presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Eggleton, P.C., Frum, Gold, Greene, Griffin, Housakos, Joyal, P.C., Maltais, Marwah, Ringuette, Seidman, Wells and Woo (14).

In attendance: David Groves, Marc-André Roy and Laurence Brosseau, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

PROCÈS-VERBAL

OTTAWA, le mardi 1er mai 2018
(40)

[*Traduction*]

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 30, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Leo Housakos (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Eggleton, C.P., Frum, Gold, Greene, Griffin, Housakos, Joyal, C.P., Maltais, Marwah, Omidvar, Seidman, Wells et Woo (14).

Également présents : David Groves, Marc-André Roy et Laurence Brosseau, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, le comité étudie les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

TÉMOIN :

À titre personnel :

Richard Gordon, avocat, Brick Court Chambers.

Le président ouvre la séance.

M. Gordon fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 10 h 9, la séance est suspendue.

À 10 h 11, la séance reprend.

M. Gordon répond aux questions.

À 10 h 39, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le mardi 8 mai 2018
(41)

[*Traduction*]

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 32, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Leo Housakos (*président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Eggleton, C.P., Frum, Gold, Greene, Griffin, Housakos, Joyal, C.P., Maltais, Marwah, Ringuette, Seidman, Wells et Woo (14).

Également présents : David Groves, Marc-André Roy et Laurence Brosseau, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 12-7(2)(c), the committee considered the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

WITNESS:

As an individual:

The Honourable Dan Hays, P.C., former Speaker of the Senate.

The chair made a statement.

Mr. Hays made a statement and answered questions.

At 10:58 a.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

OTTAWA, Tuesday, May 22, 2018
(42)

[*English*]

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:36 a.m., in room 257, East Block, the deputy chair, the Honourable Serge Joyal, P.C., presiding.

Members of the committee present: The Honourable Senators Batters, Frum, Gold, Greene, Joyal, P.C., Maltais, Marwah, Ringuette, Seidman, Wells and Woo (11).

In attendance: David Groves and Laurence Brosseau, Analysts, Parliamentary Information and Research Services, Library of Parliament.

Also present: The official reporters of the Senate.

Pursuant to rule 12-7(2)(c), the committee considered the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

WITNESS:

The Honourable Ian Binnie.

The deputy chair made a statement.

Mr. Binnie made a statement and answered questions.

At 10:43 a.m., the committee adjourned to the call of the chair.

ATTEST:

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, le comité étudie les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

TÉMOIN :

À titre personnel :

L'honorable Dan Hays, C.P., ancien Président du Sénat.

Le président ouvre la séance.

M. Hays fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 10 h 58, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

OTTAWA, le mardi 22 mai 2018
(42)

[*Traduction*]

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 36, dans la pièce 257 de l'édifice de l'Est, sous la présidence de l'honorable Serge Joyal, C.P. (*vice-président*).

Membres du comité présents : Les honorables sénateurs Batters, Frum, Gold, Greene, Joyal, C.P., Maltais, Marwah, Ringuette, Seidman, Wells et Woo (11).

Également présents : David Groves et Laurence Brosseau, analystes, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement.

Aussi présents : Les sténographes officiels du Sénat.

Conformément à l'article 12-7(2)c), le comité étudie les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

TÉMOIN :

L'honorable Ian Binnie.

Le vice-président ouvre la séance.

M. Binnie fait une déclaration, puis répond aux questions.

À 10 h 43, la séance est levée jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

ATTESTÉ :

La greffière du comité,

Catherine Piccinin

Clerk of the Committee

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, May 1, 2018

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:30 a.m., pursuant to rule 12-7(2)(c), to consider the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

Senator Leo Housakos (*Chair*) in the chair.

The Chair: Good morning and welcome colleagues and members of the general public who are following today's proceedings of the Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament either here in the room or listening via the web. I would ask the honourable senators to introduce themselves.

[*English*]

Senator Joyal: I am Senator Serge Joyal from Quebec. Good morning, sir.

Senator Marwah: Good morning. Sabi Marwah, Ontario.

Senator Greene: Steve Greene from Nova Scotia.

Senator Gold: Good morning. Marc Gold, Quebec.

Senator Griffin: Diane Griffin, Prince Edward Island.

Senator Wells: Good morning. Senator David Wells from Newfoundland and Labrador.

[*Translation*]

Senator Maltais: Hello. Senator Ghislain Maltais from Quebec.

[*English*]

Senator Seidman: Good morning. Judith Seidman from Montreal, Quebec.

Senator Batters: Denise Batters from Saskatchewan and also a Q.C., as I see you are.

The Chair: We are here, colleagues, to continue our committee's work on parliamentary privilege. In June 2015, in the last session of parliament, this committee tabled a report entitled, *A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st Century*. Our committee has agreed to continue this work, and this is our second meeting on this study. Parliamentary privilege, as we all know, is an essential component of parliamentary democracy. It exists to enable Parliament to function effectively and efficiently without undue impediment.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 1er mai 2018

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 30, conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, pour étudier les ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

Le sénateur Leo Housakos (*président*) occupe le fauteuil.

Le président : Bonjour et bienvenue à mes collègues et aux membres du grand public qui assistent sur place aux délibérations du Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement aujourd'hui, ainsi qu'à ceux qui nous écoutent sur le Web. Je demanderais aux honorables sénateurs de bien vouloir se présenter.

[*Traduction*]

Le sénateur Joyal : Serge Joyal, du Québec. Bonjour, monsieur.

Le sénateur Marwah : Bonjour. Sabi Marwah, de l'Ontario.

Le sénateur Greene : Steve Greene, de la Nouvelle-Écosse.

Le sénateur Gold : Bonjour. Marc Gold, du Québec.

La sénatrice Griffin : Diane Griffin, de l'Île-du-Prince-Édouard.

Le sénateur Wells : Bonjour. David Wells, de Terre-Neuve-et-Labrador.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Bonjour. Sénateur Ghislain Maltais, du Québec.

[*Traduction*]

La sénatrice Seidman : Bonjour. Judith Seidman, de Montréal, au Québec.

La sénatrice Batters : Denise Batters, de la Saskatchewan. Je vois que vous êtes conseiller de la reine. J'ai le même titre.

The Chair : Chers collègues, nous sommes ici pour poursuivre les travaux du comité sur le privilège parlementaire. En juin 2015, dans la précédente législature, le comité a déposé un rapport intitulé *Une question de privilège : document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXIe siècle*. Notre comité a convenu de poursuivre cet excellent travail, et c'est la deuxième réunion que nous consacrons à la question. Comme nous le savons tous, le privilège parlementaire est un élément essentiel de la démocratie parlementaire, et son existence permet au Parlement de fonctionner avec efficacité et efficience, sans entraves indues.

Today I wish to welcome our witness, who is with us from London via video conference to address a number of issues around parliamentary privilege. Mr. Richard Gordon, Q.C., as Senator Batters pointed out, is a barrister at Brick Court Chambers, in London, United Kingdom. He is a leading jurist in the fields of administrative and public law, constitutional law, human rights and civil liberties. With respect to parliamentary privilege, Mr. Gordon has appeared as a witness before the U.K.'s Joint Committee on Parliamentary Privilege, on a study leading to its 2013 report on parliamentary privilege. He also co-authored an in-depth analysis of the coercive powers of parliamentary committees.

Thank you, Mr. Gordon, for accepting our invitation. I will ask you to make your opening remarks, if you wish. Of course our committee members will have, I'm sure, a number of questions. Thank you for being with us here today. Can you hear us clearly?

Richard Gordon, Barrister, Brick Court Chambers, as an individual: Thank you very much, senator. Yes, I can hear you. In return, I hope that everybody can hear me and that I'm speaking at the right level.

The Chair: Loud and clear.

Mr. Gordon: So that you can all hear. Excellent, all right.

You ought to have some notes. I'm going to speak to those notes to begin with and I won't deviate from them. Hopefully it will give you a chance to assimilate what my general views are. As I say in the beginning of this note, I'm greatly honoured by this invitation, and I hope that I can assist the committee in its important, continuing work on the issues surrounding the modernization of parliamentary privilege in Canada.

Like your earlier witness, I think Maxime St-Hilaire, my observations in this opening presentation are intended to be general in nature. I want to make three opening points.

First, many of the questions that you are raising in relation to the desirability of modernizing parliamentary privilege in Canada are similar to those now being asked in the United Kingdom. This is perhaps unsurprising, given the historic parallels between the doctrine in the two jurisdictions and the concomitant fact that the basic framework is the same in both territories.

Second, however, there is a fundamental difference, I think, between Canada and the United Kingdom. In Canada, you have an entrenched constitution with specific provisions that fall to be interpreted and applied by the courts. In the United Kingdom, we do not have an entrenched constitution because of the principle of parliamentary sovereignty, as adumbrated by the great

Je souhaite la bienvenue à notre témoin, qui se joint à nous par téléconférence depuis Londres pour aborder divers aspects du privilège parlementaire. Me Richard Gordon, qui est conseiller de la reine, comme l'a souligné la sénatrice Batters, travaille comme avocat pour Brick Court Chambers, à Londres, au Royaume-Uni. Il est un éminent juriste dans les domaines du droit administratif et public, du droit constitutionnel, des droits de la personne et des libertés civiles. En ce qui concerne le privilège parlementaire, Me Gordon a témoigné devant le comité mixte sur le privilège parlementaire du Royaume-Uni, dans le cadre de l'étude qui a mené le comité à produire un rapport sur la question en 2013. Il a également cosigné une analyse approfondie des pouvoirs coercitifs des comités parlementaires.

Merci, maître Gordon, d'avoir accepté notre invitation. Je vous prie maintenant de faire votre exposé, si vous le souhaitez. Bien entendu, je suis certain que les membres du comité auront ensuite des questions. Merci d'être ici aujourd'hui. Pouvez-vous bien nous entendre?

Richard Gordon, avocat, Brick Court Chambers, à titre personnel : Merci beaucoup, monsieur le sénateur. Oui, je vous entends. J'espère que vous pouvez aussi tous bien m'entendre, que je parle assez fort.

Le président : Nous vous entendons très bien.

M. Gordon : Excellent, très bien.

Il est nécessaire d'avoir des notes d'allocution pour ce genre d'exercice. Je vais m'y référer pour commencer et éviter de m'en écarter. J'espère pouvoir vous donner l'occasion d'assimiler mes points de vue de façon générale. Comme je l'indique au début de mes notes, je suis très honoré d'avoir été invité, et j'espère que je pourrai aider le comité à poursuivre son important travail relativement aux enjeux liés à la modernisation du privilège parlementaire au Canada.

Comme l'a fait Maxime St-Hilaire, le témoin qui a comparu plus tôt, je m'en tiendrai à des observations de nature générale dans le cadre de ma déclaration liminaire. Pour amorcer la discussion, je vais aborder trois aspects.

Premièrement, bon nombre des questions que vous soulevez en ce qui concerne l'opportunité de moderniser le privilège parlementaire au Canada sont semblables à celles que l'on se pose en ce moment au Royaume-Uni. Il n'y a là rien d'étonnant, compte tenu des parallèles historiques existant entre la doctrine des deux pays et le fait que le cadre de base est le même au Canada et au Royaume-Uni.

Deuxièmement, je crois qu'il existe toutefois une différence fondamentale entre le Canada et le Royaume-Uni. Le Canada s'est doté de textes constitutionnels assortis de dispositions précises qui sont interprétées et appliquées par les tribunaux. Au Royaume-Uni, il n'y a pas de constitution de ce genre, en raison du principe de souveraineté parlementaire, qui a été esquissé par

Victorian jurist, A.V. Dicey. That principle has the effect that Parliament may make and unmake any law whatsoever. The consequence is that, because nothing is permanent and can be repealed at any time, nothing can be entrenched. This fundamental difference between the United Kingdom and Canada has, I suggest, material repercussions on the scope for modernizing parliamentary privilege.

Third, the rationale for parliamentary privilege is no longer what it was. That's a point you make in your paper. In its origin, parliamentary privilege was a safeguard against royal incursion. One may call it a protective need for privilege at that time. It should be remembered that, for many years, Parliament and the Crown were at odds with one another. They were mutual antagonists rather than co-partners. Today, all that has changed. Today, Parliament has no adversary. The Crown's power is almost exclusively symbolic. Indeed, it has handed over almost all of its ancient prerogatives to the executive. It is, I believe, a distortion of language to suggest that either the courts or the executive are adversaries of Parliament, in the common understanding of that term. Any tensions that may surface, from time to time, between the institutions of state are not struggles in the original sense of an absolute bid for supremacy. They are, rather, the tensions that can surface when members of a family, disagreeing with one another, may express their views in often trenchant terms. That is the very opposite of a threat to freedom of expression.

These three points, when aggregated, raise the following essential questions. One: What is the rationale for any remaining doctrine of parliamentary privilege? Two: Is the current regime compatible with that rationale? If, as I suggest, not, what reforms are desirable? Three — possibly the most important question — how is reform best effected, and what are the impediments to necessary reform taking place?

I will approach these questions in turn. First, therefore what is the rationale for any remaining doctrine of parliamentary privilege?

Your 2015 report on parliamentary privilege contains, if I may say so, an excellent outline on the origins of the doctrine in both the United Kingdom and in Canada. What emerges from that, with startling clarity, is that in the 17th century, free speech in Parliament was at the centre of the political demands being asserted by Parliament against the monarch. At its most simplistic level, one can view the civil war of the mid-17th century as an assertion of parliamentary privilege against encroachment by the monarchy. Eventually, statutory expression was given to freedom of speech in Parliament by article 9 of the Bill of Rights.

un grand juriste de l'époque victorienne, A.V. Dicey. Ce principe fait en sorte que le Parlement peut promulguer ou annuler toutes les lois. Par conséquent, comme aucune loi n'est permanente puisqu'elle peut être abolie en tout temps, rien n'est consacré. À mon avis, cette différence fondamentale entre le Royaume-Uni et le Canada a, selon moi, des répercussions concrètes sur la portée de la modernisation du privilège parlementaire.

Troisièmement, le privilège parlementaire n'est plus ce qu'il était. À l'origine, le privilège parlementaire était une protection contre l'ingérence de la monarchie. On pourrait donc dire que le privilège découlait d'un besoin de protection. Il ne faut pas oublier que pendant de nombreuses années, le Parlement et la Couronne étaient en conflit. Ils étaient des adversaires plutôt que des partenaires. Aujourd'hui, tout cela a changé. Le Parlement n'a pas d'adversaires. Le pouvoir de la Couronne est presque exclusivement symbolique; en effet, elle a confié presque toutes ses anciennes prérogatives au pouvoir exécutif. À mon avis, on déforme la réalité lorsqu'on laisse entendre que les tribunaux ou le pouvoir exécutif sont des adversaires du Parlement, selon la compréhension commune que nous avons de ce terme. Les tensions qui apparaissent de temps à autre entre les institutions du pays ne sont pas des luttes comme celles qu'elles se livraient à l'origine, lorsqu'elles voulaient absolument imposer leur suprématie. Il s'agit plutôt de tensions semblables à celles qui peuvent s'installer entre deux membres d'une famille qui sont en désaccord et qui expriment leur point de vue, en termes parfois mordants. C'est tout à fait à l'opposé d'une menace à la liberté d'expression.

Pris ensemble, ces trois aspects donnent lieu aux questions fondamentales suivantes. D'abord, quels sont les motifs justifiant que l'on maintienne encore la doctrine du privilège parlementaire? Ensuite, le régime actuel est-il compatible avec ces motifs, et si, comme je le pense, il ne l'est pas, quelle réforme devrait être apportée? Enfin, et il s'agit probablement là de la plus importante des questions, comment s'y prendra-t-on pour mettre en œuvre cette réforme nécessaire, et quels sont les obstacles qui y sont liés?

J'aborderai ces questions l'une après l'autre. Par conséquent, commençons d'abord par la question suivante : quels sont les motifs justifiant qu'on maintienne encore la doctrine du privilège parlementaire?

Le rapport que vous avez publié en 2015 sur le privilège parlementaire contient un excellent résumé des origines de la doctrine au Royaume-Uni et au Canada. Ce qui ressort de façon très claire, c'est qu'au XVII^{e} siècle, la liberté d'expression au Parlement était au cœur des exigences politiques que le Parlement défendait auprès de la monarchie. Si on adopte une conception très simpliste des choses, on pourrait dire que la guerre civile survenue au milieu du XVII^{e} siècle était une affirmation du privilège parlementaire pour lutter contre l'ingérence de la monarchie. Un jour, la liberté d'expression au

As already foreshadowed, the position is no longer the same. If the position is no longer the same, it is surely incumbent on those claiming the privilege to justify its continuation in any form. As it happens, the continuation of some set of privileges or immunities for those undertaking the work of government is not hard to justify. True it is that Parliament no longer faces an adversary claiming superior or even co-extensive power, but in the complex societies of today there remain conflicts of interest in which the freedom of expression of parliamentarians is of fundamental importance.

The context in which modern freedom of expression in Parliament is needed is, though, rather different to that in which it was needed in the 17th century. Freedom of expression is no longer a bulwark against attempted tyranny. It is, rather, a necessary adjunct to much of the functions undertaken in Parliament.

No doubt numerous examples could be given. The work of select committees in the United Kingdom is one with which I'm most familiar. I will give one anonymous but, nonetheless, not wholly imaginary situation. Take a statute that prevents taxpayer information from being disclosed. Indeed, I should add that it criminalizes such disclosure. Can the Inland Revenue use that statue before a select committee to refuse to divulge the information in circumstances where the committee in question is undertaking an investigation into whether the revenue is entering into soft deals with corporate taxpayers? If the committee may receive such information, may it not need to publish that information in a public report when publishing its findings in the public interest?

This is a different use of the concept of freedom of expression from that in which it originally arose. There is, of course, a similarity in that in both the 17th and 21st centuries Parliament's work would be obstructed if parliamentary privilege did not exist. But the contexts are existentially different.

So my answer to the first question is that the rationale for a continuing use of parliamentary privilege as a constitutional doctrine can be justified only on the footing that it should exist where it is needed to enable Parliament to undertake governmental functions in the public interest. I will call that a functional test of privilege.

The second question, is the current regime compatible with that rationale and if — as I suggest — not, what reforms are desirable, is more difficult. It seems to me, and I detect this in some of the analysis in your paper, that the content of parliamentary privilege and, in particular, that of freedom of expression within Parliament should, in modern times, be

Parlement a été inscrite dans la loi, plus particulièrement dans l'article 9 de la déclaration des droits.

Comme je l'ai déjà mentionné, les choses ont bien changé, et s'il en est ainsi, la responsabilité revient sans aucun doute à ceux qui invoquent le privilège pour justifier son maintien, sous quelque forme que ce soit. Il se trouve que le maintien de certains privilèges ou de certaines immunités pour ceux qui accomplissent le travail du gouvernement n'est pas difficile à justifier. Il est vrai que le Parlement n'est plus confronté à un adversaire qui s'estime supérieur ou même investi d'un pouvoir parallèle. Cela dit, compte tenu de la complexité de la société d'aujourd'hui, des conflits d'intérêts demeurent, et dans ce contexte, la liberté d'expression des parlementaires revêt une importance cruciale.

Le contexte dans lequel la liberté d'expression est requise à l'ère moderne au Parlement est par contre bien différent de celui dans lequel elle était nécessaire au XVII^e^ siècle. La liberté d'expression n'est plus un rempart contre les tentatives de tyrannie; elle est maintenant un complément nécessaire à la majorité des fonctions entreprises au Parlement.

Bien entendu, nous pourrions donner de nombreux exemples. Je connais surtout le travail accompli par certains comités au Royaume-Uni. Je vais donc donner un exemple anonyme, qui n'est toutefois pas inventé de toutes pièces. Prenons, par exemple, une loi qui empêche la divulgation des renseignements des contribuables. Le ministère du Revenu intérieur peut-il invoquer cette loi devant un comité donné afin de refuser de divulguer ces renseignements, dans une situation où le comité en question entreprend une enquête pour déterminer si le ministère conclut des ententes « laxistes » avec des sociétés? Si le comité peut recevoir ces renseignements, ne devrait-il pas être tenu de les divulguer dans un rapport public exposant ses conclusions, dans l'intérêt de la population?

Il s'agit là d'un moyen différent d'utiliser la liberté d'expression qu'à l'époque où ce concept est apparu. Il y a bien sûr des similitudes, puisque le travail accompli par le Parlement, que ce soit au XVII^e^ siècle ou au XXI^e^ siècle, serait entravé en l'absence du privilège parlementaire. Cela dit, les contextes sont différents.

Donc, ma réponse à la première question est que le maintien du privilège comme doctrine constitutionnelle ne peut être justifié qu'en fonction du fait qu'il est nécessaire de permettre au Parlement d'entreprendre des fonctions parlementaires dans l'intérêt de la population. J'appellerai cela un test fonctionnel du concept de privilège.

La deuxième question est plus difficile : le régime actuel est-il compatible avec ces motifs, et si, comme je le pense, il ne l'est pas, quelles réformes apporter? Il me semble, et c'est une chose que j'ai décelée dans l'analyse qui figure dans votre rapport, que le privilège parlementaire et la liberté d'expression au Parlement en particulier devraient, en cette ère moderne, être adaptés de

adjusted so as to accommodate third party interests more than it currently does if one is applying a functional as opposed to a protective test of privilege.

It should be borne in mind that at its inception, the notion of independent third party interests coming up against the interests of Parliament simply did not exist. The development of fundamental rights has emerged only gradually. Very little thought has thus far been focused on the potential for conflict between the rights and obligations of third party individuals and other bodies, on the one hand, and on the other the duties of Parliament going about its daily work.

The guiding principles, in my view, for approaching the task of reforming parliamentary privilege to take account of modern conditions, specifically third party interests, are: one, the scope of the privilege should be clear; two, terms should be clearly defined; and three, different situations may need to be approached differently. These factors strongly suggest that parliamentary privilege ought to be codified as it is in many other jurisdictions, most notably Australia and recently New Zealand.

In the United Kingdom at least, terms are not clearly defined and the scope of privilege is not always clear, nor are different situations treated differently. Privilege is usually treated as a monolithic construct deriving from the exhortation in article 9 of the Bill of Rights:

> That the freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.

None of the terms in article 9 are defined, so it has fallen to the courts and learned commentators to seek to elicit meaning from the statutory text. In particular, the phrase "proceedings in Parliament" has no clear definitional content. If the definitional content is unclear, so too are the ambit and consequences of privilege. When, if ever, may a witness appearing before a certain committee refuse to appear or to answer questions? When, by not appearing or answering questions, does a witness commit a contempt of Parliament? Perhaps most fundamentally, what is a select committee's powers in the face of what that committee perceives to be a contempt?

These and other questions bedevil not merely efforts to understand the scope and application of privilege, they also mean that the relationship between parliamentary privilege and fundamental rights, as well as, at least for the moment EU law, in the United Kingdom, has never been settled or subjected to consistent principle. Quite apart from the fundamental rights of persons appearing before Parliament, whether members or non-members, there are parties outside Parliament whose rights may

manière à tenir davantage compte des intérêts des tiers, si on procède à un test fonctionnel plutôt que protecteur du privilège.

Il ne faut pas perdre de vue que, à ses débuts, la notion d'opposition entre les intérêts d'un tiers indépendant et ceux du Parlement n'existait tout simplement pas. L'émergence des droits fondamentaux s'est faite graduellement. Jusqu'à maintenant, on a très peu réfléchi aux conflits potentiels entre les droits et les obligations des tiers — particuliers ou autres entités — et les devoirs du Parlement dans l'exercice de ses fonctions quotidiennes.

À mon sens, pour aborder la question de la réforme du privilège parlementaire de manière à tenir compte du contexte moderne, et tout spécialement des intérêts de tiers, il faut adopter les principes de base suivants : d'abord, la portée du privilège doit être claire; ensuite, les termes doivent être bien définis; enfin, il peut être nécessaire d'aborder différentes situations sous des angles différents. Ces facteurs donnent sérieusement à penser que le privilège parlementaire doit être codifié, comme c'est le cas dans certains pays, plus précisément en Australie et, récemment, en Nouvelle-Zélande.

Au Royaume-Uni en tout cas, les termes ne sont pas clairement définis, et la portée du privilège n'est pas toujours évidente. Des situations différentes ne sont pas non plus abordées sous des points de vue distincts. En fait, le privilège est habituellement considéré comme un concept monolithique découlant de l'idée proclamée dans l'article 9 du Bill of Rights :

> Que l'exercice de la liberté de parole et d'intervention dans les débats et les délibérations du Parlement ne peut être contesté ni mis en cause devant aucun tribunal ni ailleurs qu'au Parlement.

Puisqu'aucun des termes de l'article 9 n'est défini, c'est aux tribunaux et aux analystes érudits qu'il est revenu de tenter de tirer au clair la signification du texte législatif; surtout en ce qui concerne l'expression « délibérations du Parlement », qui n'a aucune définition précise. Or, si cette définition n'est pas claire, l'étendue et l'incidence du privilège ne le sont pas non plus. Dans quelles circonstances, si tant est qu'il y en ait, un témoin convoqué devant un certain comité peut-il refuser de se présenter ou de répondre à des questions? Dans quelles circonstances ce refus constitue-t-il un outrage au Parlement? Plus important encore, de quels pouvoirs un comité spécial dispose-t-il en présence de ce qu'il considère comme un outrage?

Ces questions et bien d'autres ne font pas que miner les efforts déployés pour comprendre la portée et l'application du privilège. Elles signifient aussi que, au Royaume-Uni, les rapports entre le privilège parlementaire et les droits fondamentaux, ainsi que les lois de l'Union européenne, n'ont jamais été établis de manière à être assujettis à un principe cohérent. Abstraction faite des droits fondamentaux des personnes qui comparaissent devant le Parlement, qu'il s'agisse ou non de députés, les droits de parties

well be affected by statements made in committee and relayed to the public via video link and or in published reports. I understand that similar problems arise in Canada, although you have made a start by codifying privilege in most of your provinces.

So my answer to the second question I have raised is that, in my view, parliamentary privilege requires considerable modification in order to accommodate the completely different circumstances in which it now falls to be applied. Its potential for damage is considerable in the modern world. As to what reforms there should be, I think that these should be approached in the light of the three principles I have suggested.

Particular care should be taken in any codification of privilege that allows fundamental rights or other provisions of law to be otherwise unlawfully interfered with. I can, at least in theory, see that there may be circumstances in which the task of Parliament would be rendered more difficult by not permitting it to override such rights in the public interest. However, I would argue that where it is necessary to override a right in the public interest, that is usually itself factored into the concept of lawful interference with the right in question.

Most appositely, perhaps, in order to accommodate fundamental rights, Parliament may itself, either by internal rules or discrete legislation, have to introduce additional procedural protections to those currently existing, so as to ensure that those whose rights may be detrimentally affected are afforded maximum protection.

The last question I have suggested is how may reform be best effected, and what are the impediments to necessary reform taking place? There are, it seems to me, only two ways: Reform through the courts and reform through legislation, whether statutory and/or through the internal mechanisms of Parliament.

In my view, it is something of an oxymoron to point to the common law as a source for reform. The common law is reactive to cases being brought. The common law is piecemeal. The common is fact-specific and largely retrospective in its practical operation to the case in question.

To say this is not to imply the courts do not have a significant role to play in how parliamentary privilege is applied. Plainly they do. Not least because where there is a collision between asserted parliamentary privilege and fundamental rights, it will, in the absence of clear statutory prescription, fall to the courts to say whether privilege should trump rights or vice versa. However, it cannot logically fall to the courts to undertake the detailed work of comprehensively reforming parliamentary privilege. That is and can only be the task of the legislator.

de l'extérieur du Parlement pourraient fort bien être compromis par des propos tenus dans les délibérations d'un comité et publiés par vidéo ou sous forme écrite. Je sais que des problèmes semblables surviennent au Canada, bien que vous ayez au moins franchi un premier pas en codifiant le privilège dans la plupart des provinces.

Ma réponse à ma deuxième question est donc, selon moi, que le privilège parlementaire doit être modifié de manière appréciable pour tenir compte du contexte complètement différent dans lequel il s'applique maintenant. Dans le monde moderne, le risque qu'il cause des dommages est élevé. Quant aux réformes à mettre en oeuvre, je pense qu'il faut les envisager à la lumière des trois principes que j'ai énoncés.

Il faut accorder une attention particulière à toute codification du privilège qui permet de porter atteinte, d'une manière qui serait autrement illégale, aux droits fondamentaux ou à d'autres dispositions de la loi. Je peux imaginer, du moins en théorie, des circonstances dans lesquelles le travail du Parlement deviendrait plus difficile s'il était impossible de déroger à ces droits dans l'intérêt public. Cependant, j'estime que la nécessité de déroger à un droit dans l'intérêt du public est habituellement prise en compte dans la notion d'atteinte légale au droit en question.

Pour tenir compte des droits fondamentaux, il est peut-être plus pertinent que le Parlement ajoute lui-même des garanties procédurales à celles qui existent déjà, au moyen de règles internes ou de lois distinctes, afin de veiller à offrir la protection maximale à ceux dont les droits pourraient être lésés.

Ma dernière question était : comment s'y prendra-t-on pour mettre en œuvre cette réforme nécessaire, et quels seront les obstacles à franchir? Il existe, il me semble, seulement deux moyens de procéder : devant les tribunaux ou par voie législative — par les mécanismes prévus par la loi ou par les mécanismes internes du Parlement.

Selon moi, il est en quelque sorte contradictoire de dire que la réforme doit prendre sa source dans la common law. La common law réagit aux affaires portées devant les tribunaux; elle est fragmentaire; elle s'intéresse principalement, dans la pratique, aux faits précis de l'affaire jugée.

Cela ne veut pas dire pour autant que les tribunaux n'ont pas un rôle important à jouer dans l'application du privilège parlementaire. À l'évidence, ils en ont un. Ne serait-ce qu'en raison du conflit qui oppose le privilège parlementaire invoqué et les droits fondamentaux, en l'absence de dispositions législatives précises, c'est aux tribunaux qu'il incombera de déterminer si le privilège doit l'emporter sur les droits, ou vice versa. Toutefois, logiquement, il ne peut pas revenir aux tribunaux d'entreprendre le travail qui consiste à réformer en profondeur le privilège parlementaire. Cette tâche revient exclusivement au législateur, il ne saurait en être autrement.

Ideally, therefore, I would like to see a major codification of parliamentary privilege that accommodated within its sweep both the role of Parliament, by conferring a remit for the scope of internal rules, and the courts by laying down the statutory template for how fundamental rights should be addressed and factored into the application of parliamentary privilege.

There is, though, a real challenge here. Legislating to reform parliamentary privilege may be strongly resisted by parliamentarians. We are enjoined to render unto Caesar the things that are Caesar's, and unto God the things that are God's. In that vein, it would seem to follow that, where legal issues arise in respect of the lawful application of parliamentary privilege, it must be for the judges to decide whether parliamentary privilege has been applied correctly.

At present, the application, as opposed to the formulation of parliamentary privilege is a matter within the exclusive cognizance of Parliament. Were that not the case, the courts would be contravening article 9 of the Bill of Rights by questioning proceedings in Parliament. Yet if privilege is to be successfully reformed, it will have to accommodate fair procedures and respect fundamental rights. Due process and other fundamental rights are legal rather than constitutional issues. Following reform, if effective reform is to take place, they cannot, as has been the case, simply be shrugged off as forming a different part of the Constitution, or consigned to the dustbin of the non-justiciability.

The respective remits of the courts and Parliament and their relationship with each other will have to change fundamentally if there is to be effective reform of parliamentary privilege. That will be no easy matter. I wish the committee well in the difficult tasks that lie ahead of it.

The Chair: Thank you, Mr. Gordon.

Senator Gold: Thank you very much for a very interesting presentation. Would you have any recommendations for how we might, in Parliament, implement internal mechanisms to control the exercise of the privileges such as we may refine or modify? That is, in addition to codifying as you recommend, what, if any, internal mechanisms within Parliament might be helpful to oversee and structure the application of these privileges when issues arise?

Mr. Gordon: It seems to me that if you are going to reform parliamentary privilege, you need to legislate for the boundaries that lie between that which is going to form part of the court's remit, and that which is going to form part of the internal mechanisms of Parliament's remit; the exclusive cognizance, if you like.

Ainsi, idéalement, ce que je souhaite, c'est que le privilège parlementaire fasse l'objet d'une codification majeure qui tienne compte, dans sa portée, du rôle du Parlement, dont le domaine de compétences comprendrait les règles internes, et du rôle des tribunaux, pour lesquels un modèle législatif serait établi afin de tenir compte des droits fondamentaux dans le contexte de l'application du privilège parlementaire.

Cependant, il y a là un défi de taille. Il est possible que les parlementaires s'opposent vivement à la réforme du privilège par voie législative. On nous recommande de rendre à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu. Dans cet esprit, il semblerait logique de laisser aux juges le soin de décider si le privilège parlementaire a été appliqué correctement lorsque des questions d'ordre juridique se posent quant à son application légale.

À l'heure actuelle, l'application du privilège parlementaire, par opposition à sa formulation, relève exclusivement de la compétence du Parlement. Si tel n'était pas le cas, les tribunaux enfreindraient l'article 9 du Bill of Rights lorsqu'ils remettent en question les délibérations du Parlement. Toutefois, pour qu'une réforme du privilège soit efficace, elle devra prévoir des procédures justes et respecter les droits fondamentaux. L'application régulière de la loi et d'autres droits fondamentaux sont des questions plus juridiques que constitutionnelles. Après la réforme, si elle est efficace, on ne pourra pas simplement en faire fi, comme cela a déjà été le cas, en les confinant à une partie différente de la Constitution ou en les reléguant aux oubliettes de la non-justiciabilité.

Les compétences respectives des tribunaux et du Parlement, et les rapports entre ces derniers, devront connaître une transformation en profondeur pour qu'une réforme du privilège parlementaire soit efficace. Ce ne sera pas chose facile. Je souhaite bonne chance au comité pour faire face aux tâches difficiles qui l'attendent.

Le président : Merci beaucoup, maître Gordon.

Le sénateur Gold : Merci pour votre très intéressant exposé. Auriez-vous des recommandations à formuler sur la façon dont nous pourrions, au Parlement, mettre en œuvre des mécanismes internes pour surveiller l'exercice des privilèges que nous aurons éventuellement mieux définis ou modifiés? C'est-à-dire, en plus de la codification que vous recommandez, quels mécanismes internes du Parlement pourraient, le cas échéant, aider à structurer et à superviser l'application de ces privilèges en cas de problèmes?

M. Gordon : Il me semble que si vous réformez le privilège parlementaire, vous devez prévoir de séparer les attributions judiciaires des mécanismes internes qui sont de la compétence du Parlement; les compétences exclusives, si vous voulez.

What are the principles which dictate how internal rules should be devised is a matter, in my opinion, for legislation. I imagine in Canada you have the same thing as we have in England: you have numerous committees. If you look at the standing orders for the committees in the U.K. at least, you will find that they are not consistent. One area that I would like to see a very simple reform, in terms of the internal mechanisms of Parliament, is complete consistency between the rules governing the various committees.

The second thing is that it would help enormously, just looking specifically at select committee procedures, to have a consistent procedure followed. At the moment, if you are a witness appearing in front of a select committee, that experience can veer from being a polite question-and-answer session to a torrid experience in the glare of the public headlights. So it would help enormously for witnesses to know what is expected of them in advance.

The third area that occurs a lot in my own practice is the scope of contempt of Parliament. Nobody knows. In the U.K. at least, certainly nobody has laid down what the species of contempt of Parliament are. There have been attempts at doing this, but in reality I consistently have to advise clients that Parliament lays down its own laws, and there is simply no legal definition of what a contempt of Parliament is.

I always go back to the 1999 report of the House of Lords, I think it was Lord Nicholls, Chair of the Joint Select Committee. Somewhere in their report they said it ought not to be a contempt of Parliament if a witness has a reasonable excuse for not answering a question. That's the question that almost always comes up.

These are the kinds of practical areas that certainly I would, if I was legislating for a comprehensive reform of parliamentary privilege, want to have clarified very early on.

Senator Wells: Thank you, Mr. Gordon, for your insight and presentation.

I would like you to give us some advice or guidance on the difference between the House of Commons and the Senate, or the House of Lords, with respect to privilege. You talked about privilege with respect to Parliament, which encompasses both, but is there, in fact, a difference in conventions and rules with an unelected body as compared to the elected body?

Mr. Gordon: There isn't a major fundamental difference. The rules have developed differently, but in essence you will get more of, if you like, the areas in which a witness is likely to be cross-examined in the Commons than you will in the House of Lords. But in essence, the rules, although they have developed differently, are very similar. The scope, if you like, for third-

Quels sont les principes qui énoncent les modalités de la formulation des règles internes? D'après moi, c'est au législateur de le préciser. Je suppose que, au Canada, vous possédez le même mécanisme que nous, en Angleterre : de nombreux comités. Si on examine les règlements des différents comités du Royaume-Uni, du moins, on y constatera des incohérences. Une réforme très simple que je recherche pour les mécanismes internes du Parlement est la complète cohérence entre les règles régissant les divers comités.

Ensuite, il serait extrêmement utile d'examiner les procédures de certains comités, en vue de les uniformiser. Actuellement, l'échange courtois de questions et de réponses en comité peut se transformer, pour le témoin, en une expérience cuisante sous le feu des projecteurs. Il serait donc très utile de prévenir les témoins de ce qu'on attend d'eux.

La troisième question, qu'on me pose souvent, porte sur la notion d'outrage au Parlement. Nous sommes en territoire tout à fait inconnu. Au Royaume-Uni du moins, il est sûr que personne n'a établi de classification de ses différentes formes. Des tentatives ont eu lieu, mais, en réalité, je dois sans cesse prévenir mes clients que le Parlement énonce ses propres règles et qu'il n'existe tout simplement pas de définition juridique de l'outrage au Parlement.

Je reviens toujours au rapport de 1999 de la Chambre des lords, celui, je pense, de lord Nicholls, qui présidait le Joint Select Committee. Quelque part on y lit qu'il ne faudrait pas voir un outrage au Parlement quand un témoin invoque une excuse légitime pour ne pas répondre à une question. C'est ce qui revient presque toujours sur le tapis.

Voilà le genre de questions pratiques que je m'efforcerais certainement de faire clarifier très tôt au cours du processus, si je préparais par voie législative une réforme en profondeur du privilège parlementaire.

Le sénateur Wells : Merci, maître Gordon, pour votre exposé et vos idées.

J'ai besoin de vos lumières ou de vos conseils sur la différence, relativement au privilège, qui existe entre la Chambre des communes et le Sénat ou la Chambre des lords. Vous avez parlé du privilège parlementaire, qui englobe les deux, mais existe-t-il effectivement une différence entre les conventions et les règles régissant un organisme dont les membres ne sont pas élus et une assemblée d'élus?

M. Gordon : Il n'y a pas de différence fondamentale majeure. Les règles ont évolué différemment, mais, essentiellement, il y en aura davantage, si vous voulez, quand un témoin est susceptible d'être contre-interrogé, à la Chambre des communes qu'à la Chambre des lords. Mais, essentiellement, malgré leur évolution différente, les règles se ressemblent beaucoup. La

party interests being affected in committees is much more likely to be a Commons problem than a Senate or House of Lords problem.

Senator Wells: Thank you. I did note in the introduction that you co-authored an in-depth analysis of the coercive powers of parliamentary committees. I'm keenly interested in that now that I have seen that you're an expert.

Could you comment on some of the coercive powers that committees might have? We often find in our committees that we ask questions and receive answers, and we generate reports. They do have the weight of the Senate, but we can't always compel anyone to do anything. Could you talk a little bit about that?

Mr. Gordon: Absolutely. There is no doubt at all that there is considerable doubt about the powers of select committees, whether those select committees are in the Commons or the House of Lords. A fine has not been imposed by the house since, I think, 1666.

In terms of censure, there is quite a lot of feeling that naming and shaming, or even the more formal sanction of being reprimanded at the bar of the House of Commons or before the House of Lords, is insufficient in some cases to really ensure that a committee's questions are answered properly.

Now, there is nothing in the rules of any select committee in the United Kingdom that specifically gives any coercive power to the committee. Nor, I should say, is a committee empowered to find a contempt. In order for there to be a contempt of Parliament through an appearance before a committee, there has to be a reference by the committee in question to something called the Standards and Privileges Committee, which then, if it considers there has been a contempt, makes a recommendation to the full house, and then the full house will debate and reach a decision.

Now, there has never been any occasion which I'm aware where the process has gone beyond reference to the Standards and Privileges Committee. I have had a lot of clients who ask me, "What happens if I don't turn up?" I tell them what will happen is there will be a subpoena issued, or, if you like, a witness summons.

That has happened on occasion. It happened, I think, with the Murdochs, for example. A summons was served. They came before the committee. In the end, they came. I have never had a client, in the end, who hasn't come.

portée, si vous voulez, des atteintes subies par les intérêts de tiers dans les comités est beaucoup plus susceptible d'être un problème à la Chambre des communes qu'au Sénat ou à la Chambre des lords.

Le sénateur Wells : Merci. J'ai lu, dans l'introduction, que vous avez cosigné une analyse approfondie des pouvoirs coercitifs des comités parlementaires. Le sujet m'intéresse vivement, maintenant que je vois que vous êtes un expert.

Pourriez-vous formuler des observations sur certains des pouvoirs coercitifs que pourraient posséder les comités? Nous constatons souvent, dans nos comités, que nous posons des questions, nous recevons des réponses et nous produisons des rapports. Ils bénéficient du poids du Sénat, mais nous ne pouvons pas toujours obliger personne à quoi que ce soit. Pourriez-vous en dire un peu plus à ce sujet?

M. Gordon : Bien sûr. Il est certain qu'on s'interroge beaucoup sur les pouvoirs des comités spéciaux, qu'ils soient de la Chambre des communes ou de celle des lords. La Chambre n'a pas imposé d'amende depuis, je crois, 1666.

Quant au blâme, on partage fortement l'impression que la stigmatisation ou même la sanction plus officielle de la réprimande à la barre de la Chambre des communes ou à la Chambre des lords ne suffisent pas, dans certains cas, à vraiment assurer l'obtention de réponses convenables aux questions d'un comité.

Actuellement, aucune règle n'accorde à un comité spécial du Royaume-Uni de pouvoir coercitif précis, et aucun comité, faut-il préciser, n'a davantage le pouvoir d'invoquer l'outrage. Pour qu'une comparution devant un comité donne lieu à un outrage au Parlement, le comité en question doit en saisir un comité des normes et privilèges, le Standards and Privileges Committee, lequel, à son tour, s'il considère qu'il y a eu outrage, formule une recommandation à l'intention de la Chambre en séance plénière, laquelle, ensuite, en débattra et prendra une décision.

À ma connaissance, le processus n'est jamais allé plus loin que la saisine du Standards and Privileges Committee. Beaucoup de clients m'ont demandé ce qui arriverait s'ils ne se présentaient pas devant le comité qui les convoquait. Je les préviens qu'ils seront cités à comparaître ou, si vous voulez, qu'ils recevront une assignation à témoigner.

C'est parfois arrivé. C'est arrivé, je pense, aux Murdoch, par exemple. Cités à comparaître, ils se sont finalement présentés devant le comité. Aucun de mes clients n'a jamais refusé, en fin de compte, de se présenter.

You will look in vain, I think, in all the committee rules for even the power to issue a witness summons. You will certainly look in vain for any power to administer an oath, and you will look in vain for any specific sanctions that can be imposed.

In practice, I have to say, my experience has been that even the most recalcitrant client has always turned up in front of a committee in the end, and there have been quite a lot of recalcitrant witnesses who, for one reason or another, don't want to turn up.

It is an unsatisfactory position for a committee to be in, not to know what its powers are. I have spoken to quite a few select committee chairmen who share my view that there is no clear answer to this.

I have written a paper with Sir Malcolm Jack, and I've talked to him about this subject. He was formerly clerk to the House of Commons. He has given a lecture on exactly the same topic.

We have real problems. I do think that when that it comes to any comprehensive reform, real attention has to be given to the problems of select committees. Of course select committees were not an issue in 1688. They probably weren't really an issue even in the first 70 years or so of the 20th century. But from about 1970, they have grown in power and influence and, in my opinion, in constitutional importance.

Senator Wells: Thank you very much.

Senator Joyal: Welcome, Mr. Gordon. I am happy you have referred to the paper you published with Sir Malcolm Jack in 2013. I'm sure you will remember the paper. You don't seem to have it in front of you, but I would like to refer to two specific sections in that paper.

I see that you have it. Page 38, paragraph 77, at the bottom of the page you state:

> . . . there is a potential clash between any modern system of human rights and the current absolute freedom of Parliamentary privilege.

This is the first issue I would like to address to you.

You are a strong advocate of a written constitution for Britain. As you know, we have a written Constitution in Canada. In fact, we are a parliamentary democracy. The supremacy of Parliament is constrained by the Constitution. Not only do we have a Constitution, but we have a Charter of Rights, which is also entrenched in the Constitution.

The Supreme Court of Canada has ruled that no part of the Constitution can be opposed to the other to claim the implementation of it. The Charter of Rights cannot trump the section of the Constitution that recognizes parliamentary

Je pense que vous chercherez en vain, dans toutes les règles des comités, l'existence même du pouvoir de citation à comparaître ou même celle d'un pouvoir de faire prêter serment et d'imposer une sanction précise.

Je dois dire que le client le plus récalcitrant que j'aie rencontré dans ma pratique a toujours fini par se présenter devant le comité, et il y en a eu beaucoup de témoins récalcitrants qui, pour une raison ou une autre, ne voulaient pas le faire.

Quelle position désagréable, pour un comité, de ne pas connaître ses pouvoirs. J'ai discuté avec quelques présidents de comités particuliers qui partagent mon point de vue : il n'y a pas de réponse claire à cette question.

J'ai cosigné une étude avec sir Malcolm Jack, et j'ai discuté de la question avec lui. C'est un ancien greffier de la Chambre des communes. Il a fait une conférence sur exactement le même sujet.

Nous éprouvons de vrais problèmes. Je pense effectivement que lorsqu'il s'agit de réforme en profondeur, il faut vraiment prêter attention aux problèmes des comités spéciaux. Bien sûr, ces comités ne posaient pas de problème en 1688. Ils n'en ont probablement pas posé avant les années 1970, mais, depuis, leur puissance, leur influence et, d'après moi, leur importance constitutionnelle ont augmenté.

Le sénateur Wells : Merci beaucoup.

Le sénateur Joyal : Maître Gordon, soyez le bienvenu. Je suis heureux que vous ayez parlé de l'analyse que vous avez publiée avec sir Malcolm Jack, en 2013. Je suis convaincu que vous vous le rappelez. Vous ne semblez pas l'avoir sous les yeux, mais je voudrais revenir à deux passages précis.

Je vois que vous l'avez. À la page 38, paragraphe 77, dans le bas de la page, vous écrivez :

> [...] il y a un risque de collision entre tout système moderne des droits de la personne et la liberté absolue actuelle du privilège parlementaire.

Voilà le premier problème que je voudrais vous soumettre.

Vous êtes un ardent promoteur d'une constitution écrite pour la Grande-Bretagne. Comme vous le savez, le Canada possède une constitution écrite. En fait, nous sommes une démocratie parlementaire. La suprématie du Parlement est limitée par la Constitution. Non seulement avons-nous une constitution, mais nous avons aussi une charte des droits et libertés, également inscrite dans la Constitution.

La Cour suprême du Canada a jugé qu'on ne pouvait opposer aucune partie de la Constitution à une autre pour en imposer la mise en œuvre. La Charte des droits ne peut avoir préséance sur l'article de la Constitution qui reconnaît le privilège

privilege, which, of course, stems back to 1867. It's section 18 of our Constitution.

The question we are wrestling with is how we can approach that issue for Parliament to respect the Charter of Rights and Freedoms without abandoning its claim to privileges? That's why my approach would be to favour internal rules of Parliament to address that reconciliation between the rights of a third party protected by the Charter and the rights of Parliament to conduct its affairs in a deliberative and legislative freedom, which, of course, is a fundamental constitutional principle. That's my first question.

My second question is in relation to paragraph 94 of your text. It's on page 44. You state in paragraph 94:

> . . . the Government Green Paper trod carefully in the respective ways in which they addressed the constitutional relationship between the courts and Parliament.

This is the essential question. How should we maintain the prerogative of Parliament versus the role of the court to oversee the way that the rights of third parties are protected when Parliament exercises its privileges?

If we adopt codification — that's my second question — we will then open, of course, court revision of any decision we might adopt, because once you have legislated, it's for the courts to interpret the statutes. So unless we adopt a saving clause in which we exclude the court from its role to review that statute, we would have to reconcile that aspect of the court's role and the supremacy of Parliament.

Those are the two issues that I would like you to address. I know they are complex. That's essentially what we are wrestling with at this stage.

Mr. Gordon: First of all, I've thought about this for quite a long time. In my opinion, you have to go to the root of the problem. What is the root of the problem? The root of the problem is — I hope this doesn't sound too dramatic to say, but there is a power tension between the judges and Parliament. Each wants to retain their own sphere of influence. The judges will call this sphere of influence the rule of law and Parliament will call their respective sphere of influence parliamentary privilege, and sometimes it veers into parliamentary sovereignty.

But the point is this, really: The only way in which you are going to have your two questions answered properly and you are going to be able to grapple comprehensively with the problem is to bring the judges and Parliament together.

As I said in the beginning of this paper, there is no longer, really — or there should no many longer be — an adversary to Parliament.

parlementaire, lequel, bien sûr, remonte à 1867. C'est l'article 18 de notre Loi constitutionnelle.

La question qui nous occupe en ce moment est de savoir comment le Parlement peut respecter la Charte des droits et libertés sans pour autant renoncer à la revendication de ses privilèges. Personnellement, je crois que le Parlement doit privilégier des règles internes permettant de concilier les droits des tierces parties en vertu de la Charte, et les droits du Parlement de mener ses travaux législatifs et ses délibérations sans ingérence, qui est un principe constitutionnel fondamental. C'est ma première question.

Ma deuxième question porte sur le paragraphe 94 de votre document, à la page 44. Voici ce que dit le paragraphe 94 :

> [...] le Livre vert du gouvernement est prudent à l'égard de la façon dont chacun aborde les rapports constitutionnels entre la magistrature et le Parlement.

C'est le nœud de la question. Comment maintenir la prérogative du Parlement face au rôle des tribunaux, qui doivent veiller à ce que les droits des tierces parties soient protégés lorsque le Parlement exerce ses privilèges?

Voici donc ma deuxième question. Si nous adoptons une codification, toutes nos décisions seraient assujetties à une révision judiciaire, car il revient aux tribunaux d'interpréter les lois. Donc, à moins de mettre en place une disposition de dérogation soustrayant la loi en question à l'examen des tribunaux, il nous faudrait concilier cet aspect du rôle des tribunaux et la souveraineté du Parlement.

Ce sont les deux questions que je veux vous soumettre. Je sais qu'elles sont complexes. C'est essentiellement ce qui nous bloque en ce moment.

M. Gordon : Je note d'abord que j'ai longuement réfléchi à la question. À mon avis, il faut remonter à la source du problème. Et quelle est la source du problème? Sans vouloir être mélodramatique, je dirais qu'il y a une lutte de pouvoirs entre la magistrature et le Parlement. Chacun réclame sa sphère d'influence. Pour les juges, cette sphère d'influence s'appelle « primauté du droit », et pour le Parlement, on parle de « privilège parlementaire », qui se transforme parfois en « souveraineté parlementaire ».

Au final, la seule façon de bien répondre à vos deux questions et de bien saisir l'ensemble du problème, ce serait de réunir les juges et les parlementaires pour qu'ils trouvent la solution ensemble.

Comme je le dis au début de ce rapport, le Parlement n'a plus d'adversaire, ou en tout cas, il ne devrait plus en avoir.

So my solutions have not been legal drafting solutions; they have been an attempt to get dialogue going between the judges and parliamentarians. That is what I've been trying to do for a very long time. There is no real system for dialogue, partly because the judges say, "We don't want to talk to parliamentarians because that's an assault on our judicial independence," and parliamentarians, for their part, many of them think the judges want to take control of parliamentary proceedings.

So, for example, the former clerk to the Commons — not Sir Malcolm Jack, but Robert Rogers — said to me, "The spectre of judges looking at our proceedings through a video link is abhorrent. We don't want that to happen."

So I think the answer to this is twofold. First of all, systematically there should be much more dialogue between judges and parliamentarians to graft a better system, one that is not in tension one with the other.

The second thing is that it must be possible to devise mechanisms which provide a link between the courts and Parliament.

Let me give you an example. Let us assume it to be correct, because I think it is correct, that the courts are the arbiters of the scope of parliamentary privilege. And although this is not always understood in the U.K., I actually think the judges ultimately are the arbiters of exclusive cognizance, which is a common law form of parliamentary privilege which antedated article 9.

So let's assume there is in front of the court an issue about whether or not a particular act or omission is a contempt of Parliament. In the past, Parliament would say, "That's for us to decide." But is it really for Parliament to decide? Because if in fact to declare something a contempt is to breach a fundamental right, does that not veer or merge into a question of law?

So the solution I would be looking for is not simply the internal mechanisms of Parliament — your first question — or an insoluble problem, really — your second question — but rather a mechanism that enabled, for example, the judges to refer a question before them to a special parliamentary committee.

Let us say the question is: Is this particular action a contempt? A court would make the decision, but it would only make it after giving the greatest weight to a committee of Parliament.

You may say that is not a satisfactory solution. Okay. Maybe there's a different solution. But the solutions I'm looking towards do not put court versus Parliament in separate boxes. They try to bring the two together.

Je ne privilégie donc pas de solutions législatives, mais plutôt un dialogue entre les juges et les parlementaires. C'est ce que j'essaie de faire depuis un bon moment déjà. Il n'existe pas vraiment de système favorisant le dialogue, en partie parce que les juges craignent pour leur indépendance judiciaire, et beaucoup de parlementaires croient que les juges veulent prendre le contrôle des délibérations parlementaires.

Par exemple, l'ancien greffier de la Chambre des communes — pas sir Malcolm Jack, mais Robert Rogers — m'a dit qu'il était aberrant de penser que des juges pourraient observer leurs délibérations sur vidéo. « Nous ne voulons pas cela. »

Je crois donc que la solution comporte deux volets. D'abord, un dialogue systématique entre les juges et les parlementaires en vue d'établir un mécanisme plus efficace, qui ne générerait pas de tension entre les deux.

Puis, il faut permettre la conception d'outils établissant un lien entre les tribunaux et le Parlement.

Laissez-moi vous donner un exemple. Présumons qu'il soit vrai, car je crois que ça l'est, que les tribunaux sont les arbitres de la portée du privilège parlementaire. Et même si ce n'est pas toujours perçu comme tel au Royaume-Uni, je crois en fait que les juges sont au final les arbitres de la compétence exclusive, un principe du privilège parlementaire garanti par la common law et qui a précédé l'article 9.

Supposons ainsi que la cour est appelée à déterminer, dans un cas précis, si l'acte commis ou l'omission constitue un outrage au Parlement. Le Parlement a toujours maintenu que cette décision lui revenait. Mais est-ce réellement le cas? Si conclure à l'outrage est en fait conclure à la violation d'un droit fondamental, ne s'agit-il pas là d'une question de droit?

Je ne m'en remettrais donc pas simplement aux mécanismes internes du Parlement — votre première question —, et je ne crois pas non plus qu'il s'agisse d'un problème insoluble — votre deuxième question. Je pense plutôt qu'il faudrait envisager un mécanisme permettant, par exemple, aux juges de renvoyer une question dont ils sont saisis à un comité parlementaire spécial.

Supposons qu'on doive déterminer si un geste précis constitue un outrage. Un tribunal pourrait trancher, mais pas avant avoir pesé soigneusement les recommandations d'un comité parlementaire.

Cette solution ne vous semble peut-être pas satisfaisante. C'est possible. Il se peut qu'il y en ait une meilleure. Mais les solutions que je vise ne placent jamais les tribunaux et le Parlement en situation d'opposition. Elles doivent favoriser la collaboration.

I hope that's the beginnings of an answer to your question.

[*Translation*]

Senator Maltais: Since the United Nations adopted the Universal Declaration of Human Rights in 1948, we have seen an evolution of parliamentary privilege. Certain countries in the British parliamentary tradition have adopted a charter protecting individual rights and freedoms. Canada is the only country in the British tradition that has entrenched that charter in our Constitution. Parliamentary prerogative always takes precedence over the Canadian Charter of Rights and Freedoms, and I think this has been confirmed by the Supreme Court.

Can this privilege extend outside legislative chambers to include committee testimony? Does parliamentary privilege apply exclusively within Parliament and its committees or can it extend outside Parliament?

[*English*]

Mr. Gordon: I'm sorry. That question was put in French, but I don't speak French. Could somebody put it in very simple form for me?

The Chair: Mr. Gordon, you don't have access to translation over there?

Mr. Gordon: I don't have any translation.

The Chair: We're going to check with translation, because you should be receiving the translation as well. Give us a couple of minutes to straighten this out.

Mr. Gordon: Of course.

The Chair: We might solve the parliamentary privilege question before we solve the technological glitches.

It appears we have solved the translation process.

[*Translation*]

Senator Maltais: Since the UN adopted the Universal Declaration of Human Rights in 1948, all countries in the British parliamentary tradition have adopted charters of rights and freedoms, including your country.

Canada, however, is the only country with a British parliamentary system that has made the charter part of our Constitution. The Canadian Charter of Rights and Freedoms does not take precedence over Parliament, but it has given rise to a number of court cases, as this issue is regularly brought before the Supreme Court of Canada.

J'espère que cela répond un peu à votre question.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'Organisation des Nations Unies en 1948, nous avons vu l'évolution des privilèges parlementaires. Certains pays de type britannique ont adopté une charte de protection des droits et libertés des individus. Le Canada est le seul pays de type britannique qui a constitutionnalisé une telle charte. La prérogative du Parlement a toujours préséance sur la Charte canadienne des droits et libertés, et je crois que cela a été confirmé par la Cour suprême.

Est-ce que ce droit de privilège peut s'étendre à l'extérieur des parlements et des témoignages en comité? Le privilège parlementaire s'applique-t-il exclusivement à l'intérieur du Parlement et de ses comités ou peut-il s'étendre à l'extérieur du Parlement?

[*Traduction*]

M. Gordon : Je suis désolé. La question a été posée en français, et je ne parle pas français. Pourriez-vous me la résumer très simplement?

Le président : Maître Gordon, vous n'avez pas accès à la traduction?

M. Gordon : Je n'ai pas la traduction, non.

Le président : Nous allons vérifier, car vous devriez y avoir accès vous aussi. Donnez-nous quelques minutes pour remédier à la situation.

M. Gordon : Bien sûr.

Le président : Nous allons peut-être résoudre la question du privilège parlementaire avant de régler les pépins techniques.

La traduction devrait maintenant se rendre à vous.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Depuis l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'ONU en 1948, la totalité des pays de style britannique a adopté des chartes des droits et des libertés, y compris votre pays.

Toutefois, le Canada est le seul, parmi les pays comptant des parlements de style britannique, à avoir constitutionnalisé cette charte. La Charte canadienne des droits et libertés n'a pas préséance sur le Parlement, mais a contribué à la tenue de plusieurs procès, puisque ce sujet se retrouve régulièrement devant la Cour suprême du Canada.

In your country, does parliamentary privilege also apply outside Parliament? In Canada, parliamentary privilege customarily applies to parliamentarians within Parliament and its committees, but not beyond that.

In your country, does this privilege apply at all times or is it limited to Parliament and its committees?

[*English*]

Mr. Gordon: I've heard the question and I'm now going to attempt to answer it.

Parliamentary privilege applies to proceedings in Parliament. Proceedings in Parliament cover anything that is directly connected to debates in Parliament, but it's then much more loosely defined. As I think I said earlier, there is no clear definition of what the phrase means. It certainly covers select committees.

What it doesn't do, however, is address — it has no relationship to fundamental rights of the kind that you have enshrined in your Charter. In the U.K. we're still looking at an act of Parliament, a statute, which was passed in the 17th century. If you like, it's our only constitutional statute, but it could be amended or repealed by Parliament tomorrow. It is not entrenched. We do not have that kind of constitutional document that you have.

It's why I said earlier that from the perspective of reformers in Canada looking at parliamentary privilege, they have the opportunity. Because they have a constitutional document, a Charter, they have the opportunity, I think, to make long-lasting reforms to the doctrine of parliamentary privilege because you have created a constitutional relationship between fundamental rights and parliamentary privilege.

Now, I know that there are cases in Canada which have said that they are just two different parts of a constitution. I think that kind of reasoning actually almost undermines the relationship that I think must exist between fundamental rights and what happens in Parliament, and indeed must exist precisely because of the functionality test of Parliament that I have suggested applies.

Do I think, therefore, that there are differences between Canada and England in terms of the scope of parliamentary privilege? I suspect the doctrines are very similar. But where I think you have an advantage over us is in having your Charter and, as you say, uniquely a Charter which is a constitutional document.

We have the greatest difficulty in the United Kingdom of defining what a constitutional document is. I won't dwell on this for long, but it is an important point because you know what a constitutional document is. In England and in the United Kingdom, the courts have had to fashion out what they say are

Dans votre pays, les privilèges parlementaires valent-ils aussi à l'extérieur du Parlement? Ici, les privilèges parlementaires, de coutume, s'appliquent aux parlementaires à l'intérieur du Parlement ou de ses comités, mais pas à l'extérieur.

Dans votre cas, ce privilège s'applique-t-il en tout temps ou est-il restreint à l'intérieur du Parlement et de ses comités?

[*Traduction*]

M. Gordon : J'ai bien entendu la question, alors je vais tenter d'y répondre.

Le privilège parlementaire s'applique aux délibérations parlementaires. Les délibérations parlementaires englobent tout ce qui est directement lié aux débats du Parlement, mais le terme est plutôt vague. Comme je le disais tout à l'heure, il n'existe pas de définition claire. Cela comprend aussi certains comités.

Par contre, aucun lien n'est fait entre le privilège parlementaire et les droits fondamentaux garantis par la Charte. Au Royaume-Uni, nous observons encore une loi parlementaire adoptée au XVII^{e} siècle. C'est, en quelque sorte, notre seule Loi constitutionnelle, mais le Parlement pourrait la modifier ou l'abroger demain matin. Elle n'est pas immuable. Nous n'avons pas de document constitutionnel comme le vôtre.

Donc, comme je le disais plus tôt, c'est une possibilité qui s'offre aux réformateurs du Canada qui se penchent sur le privilège parlementaire. Parce que vous avez créé un lien constitutionnel entre les droits fondamentaux et le privilège parlementaire en incorporant le tout à la Charte, vous avez la possibilité de réformer à long terme la doctrine du privilège parlementaire.

Je sais qu'on avance parfois au Canada que ce sont là deux parties distinctes de la Constitution. À mon avis, ce raisonnement mine le rapport qui doit exister entre les droits fondamentaux et les délibérations du Parlement. Ce rapport doit exister précisément en raison du critère fonctionnel du privilège parlementaire, qui s'applique, selon moi.

Dans ce cas, la portée du privilège parlementaire est-elle différente au Canada et en Angleterre? Je présume que les deux doctrines sont très similaires. Je crois cependant que le Canada a un avantage que nous n'avons pas, et c'est votre charte et le fait unique qu'il s'agit aussi d'un document constitutionnel.

Au Royaume-Uni, nous avons un mal fou à définir ce qui caractérise un document constitutionnel. Je ne m'attarderai pas trop sur la question, mais cela demeure un point important, car vous savez ce qu'est un document constitutionnel. En Angleterre et au Royaume-Uni, les tribunaux ont dû définir ce qui constitue

constitutional acts of Parliament. That is not something Parliament has ever really done. When Parliament talks about a constitutional act of major importance, it's referring to parliamentary procedure. It's referring to debating a bill on the floor of the house rather than sending it through committee.

So because we lack that relationship, I think you do have a very important base start for reforming parliamentary privilege in ways that we can't.

[*Translation*]

Senator Maltais: In your extensive experience, are there many parliaments in the British tradition that link the judiciary with parliamentarians?

[*English*]

Mr. Gordon: Do you mean the linkage that I have been suggesting? I'm not aware of any jurisdiction in which the courts and Parliament have tried to come together in an attempt to modernize the relationship between the two.

You can take a country like Australia, which I think has very carefully crafted an act of Parliament dealing with parliamentary privilege. The trouble is with Australia, if you look at the Australian constitution, you won't find any reference to human rights at all. In Australia, you have to go to the different states to find some references to fundamental rights. In Australia, you have part of the solution, but unfortunately no real, coherent body of doctrine dealing with fundamental rights.

My own feeling is that New Zealand comes closest to having a really good pre-legislative scrutiny of bills. They were the first, really, to get a cabinet manual going setting out constitutional rules and, of course, recently they have got their own parliamentary privileges act.

I would look closely at the New Zealand model. I don't have the details of it to my fingertips, but I would look to New Zealand for getting towards a solution which brings both the courts and Parliament together.

The Chair: Mr. Gordon, does it make sense to say the fact that in the U.K. right now there isn't a codification, as you're proposing, on parliamentary privilege, that it actually makes it more difficult for the courts to infringe on parliamentary privilege? The fact that you would codify a set of rules for parliamentary privilege, wouldn't that open the door more for encroachment from the courts on what historically and traditionally has been the freedom of Parliament?

Mr. Gordon: It is, of course, true that if you put anything into writing it will need to be interpreted. It's very hard to think of putting anything into writing that doesn't need interpretation, but that is the fear of anything going into writing.

une loi parlementaire constitutionnelle. Le Parlement n'a jamais fait cet exercice. Lorsque le Parlement est saisi d'une loi constitutionnelle d'envergure, il la réfère à la procédure parlementaire. Le projet de loi est débattu sur le parquet de la Chambre plutôt qu'en comité.

Vous avez un point de départ très important pour entreprendre la réforme du privilège parlementaire. Ce que nous n'avons pas, parce que nous n'avons pas établi ce rapport entre les deux.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Selon votre grande expérience, est-ce qu'un grand nombre de parlements de style britannique réunissent la magistrature avec les parlementaires?

[*Traduction*]

M. Gordon : Vous voulez parler de la collaboration que je propose? À ma connaissance, la magistrature et les parlementaires n'ont jamais déployé d'efforts communs pour moderniser leur relation, et dans aucune administration.

Prenons l'Australie, qui a soigneusement formulé une loi parlementaire sur le privilège parlementaire. Par contre, la constitution australienne ne parle nulle part des droits de la personne. Il faut consulter les lois des différents états pour trouver quelques références aux droits fondamentaux. L'Australie offre donc une partie de la solution, mais malheureusement pas de doctrine cohérente et officielle sur les droits fondamentaux.

À mon sens, la Nouvelle-Zélande a trouvé une formule plutôt efficace pour assurer l'étude préliminaire des projets de loi. La Nouvelle-Zélande a été le premier pays à se munir d'un manuel du cabinet pour énoncer ses règles constitutionnelles. Aussi, elle a récemment adopté sa propre loi sur le privilège parlementaire.

J'examinerais de près le modèle de la Nouvelle-Zélande. Je n'ai pas tous les détails à portée de main, mais cela pourrait être un bon point de départ si vous souhaitez mettre en place une solution misant sur la collaboration entre la magistrature et le Parlement.

Le président : Maître Gordon, est-il juste de dire que vu l'absence d'une codification sur le privilège parlementaire au Royaume-Uni, il est en fait plus difficile pour les tribunaux d'empiéter sur ce privilège? Codifier une série de règles à cet égard ne permettrait-il pas aux tribunaux d'empiéter davantage sur ce qui est, historiquement et traditionnellement, la liberté du Parlement?

M. Gordon : Effectivement, dès qu'on met quelque chose par écrit, on l'expose à différentes interprétations. C'est difficile d'imaginer une situation où toute interprétation serait superflue. C'est en effet la crainte chaque fois qu'on met quelque chose par écrit.

When we, in England, started to think of having a cabinet manual, like the New Zealanders have done, I was giving talks about this in the House of Lords, and peers were saying to me, "But isn't that very dangerous to write anything down?" There is a different way of looking at this, which is that the clearer a law is, the less it needs to be interpreted.

If you have a set of procedures and a set of laws that are very clearly expressed and even potential saving clauses, what we call in England "ouster clauses," limiting the court's jurisdiction in certain areas but providing, nonetheless, for this dialogue that I've spoken of, that is a far preferable solution than just hoping that, if you keep things in a state of vagueness for long enough, the problems will somehow sort themselves. They won't forever.

We have written constitutions for dominions and republics all over the world but don't have one ourselves, where most countries in the world now have constitutions. It's not the be-all and end-all. It's not the solution to everything, and I recognize that there are arguments on both sides. But I do think that a state of affairs whereby you have clearly demarcated procedures, no doubt through some internal mechanisms of Parliament itself but also much more clearly defined terms and laws, following the three principles I've suggested in the text, is a far preferable solution. Yes, you'd have some cases going to court, but you do anyway.

After all, if you accept, as I think everyone does in Canada, that the courts ultimately determine the scope of privilege, that's going to be a battle that always has the potential to end up in court.

Senator Gold: In a previous life, I was a constitutional law professor. Now I'm a parliamentarian. So I am intrigued and attracted to the notion of dialogue between courts and parliamentarians that would address some existential dilemmas and conflicts. But, more seriously, I am very much intrigued by your recommendation to consider ways in which to structure some kind of dialogue. I just want to make sure I understand your point correctly and perhaps invite you to say a bit more.

One can imagine it on a case-by-case basis, and I think you addressed that in some of your remarks, but it's still to be reactive to the cases that come before the courts. You had mentioned a reference by the courts and reliance upon some committee of parliamentarians to advise in a particular case. Could that also be accomplished by granting intervenor status to some constituted group of parliamentarians in a court case?

Beyond that, if that's on a case-by-case basis, would you comment on the following: If parliamentarians and/or judges balk at the idea of getting together for reasons of rule of law and

En Angleterre, quand nous avons commencé à penser à formuler un manuel du Cabinet, comme l'ont fait les Néo-Zélandais, j'en parlais à la Chambre des lords, et mes collègues me disaient : « N'est-ce pas dangereux de mettre les choses noir sur blanc? » Mais il y a une autre façon de voir cela : plus une loi est claire, moins il y a place à interprétation.

Plutôt que de préserver l'ambiguïté dans l'espoir que les problèmes vont se résoudre d'eux-mêmes après un certain temps, il est de loin préférable d'avoir des procédures et des lois qui sont très clairement formulées, et peut-être des dispositions de dérogation — que nous appelons « *ouster clauses* » en Angleterre — qui limitent le champ de compétence des tribunaux dans certains cas, sans toutefois éliminer toute possibilité de dialogue.

Nous avons rédigé des constitutions pour des dominions et des républiques à l'échelle du globe, mais nous n'en avons pas nous-mêmes. Et pourtant, la plupart des pays sont aujourd'hui dotés d'une constitution. Ce n'est pas une fin en soi, ni une solution universelle, et je reconnais qu'il y a des avantages et des inconvénients. Mais dans l'état actuel des choses, sachant que vous avez des procédures clairement établies, il est de loin préférable pour le Parlement de mettre en place des mécanismes internes, bien sûr, mais surtout d'adopter des règles et des lois beaucoup plus explicites, selon les trois principes que j'ai exposés dans le rapport. Certaines questions devraient effectivement être réglées devant les tribunaux, mais c'est déjà le cas de toute façon.

Après tout, si vous acceptez le principe qu'au bout du compte c'est l'appareil judiciaire qui détermine la portée du privilège parlementaire, et c'est l'opinion générale au Canada, je crois, c'est une lutte qui risque toujours de se finir devant les tribunaux.

Le sénateur Gold : Dans une vie antérieure, j'étais professeur en droit constitutionnel. Maintenant, je suis parlementaire. Je trouve que l'idée du dialogue entre la magistrature et le Parlement afin de résoudre certains dilemmes et conflits existentiels est à la fois intrigante et intéressante. Sérieusement, je suis fort intrigué par votre recommandation de trouver des moyens de structurer un dialogue quelconque. Je veux m'assurer de bien comprendre votre argument, et je vous inviterais peut-être à préciser votre pensée à ce sujet.

J'imagine qu'on irait au cas par cas, et je crois que vous y avez fait référence dans votre exposé. Vous avez dit que les tribunaux pourraient décider de renvoyer une question au Parlement ou s'appuyer sur les recommandations d'un comité parlementaire sur un cas précis. Est-ce que cela pourrait se faire en accordant le statut d'intervenant à un groupe établi de parlementaires dans une affaire judiciaire?

Par ailleurs, si l'on procède au cas par cas, j'aimerais obtenir votre point de vue sur ce qui suit : si des parlementaires ou des juges rechignent à l'idée de se réunir pour des raisons liées à la

parliamentary privilege concerns, would one option be for the constitution of a joint committee or a committee mandated by both the representatives of the judiciary and of parliamentarians — perhaps made up of lawyers, academics, former judges — who could draft appropriate legislation for consideration by Parliament, thereby being informed by both the judicial, legal and parliamentary perspectives? In other words, how could we actually put flesh on this idea?

Could you comment on any of those or, undoubtedly, better ideas for structuring this kind of dialogue?

Mr. Gordon: Yes. Thank you. In the U.K., the courts have always shied away from something called the advisory declaration, which is legal advice that can be given by a court before it even has a case in front of it. The courts have always been very reluctant to get into this area, but I think there is scope for advisory processes that enable mechanisms to be devised that are effective and not purely reactive.

We're very used to judges just deciding cases put in front of them. The late Lord Bingham was the archetypal judge who said that we're not very imaginative; we just do what we're told. We get the case and we decide it.

To some extent, just as parliamentarians have to become aware of what is actually happening in the law a bit more than they do, so I think judges have to become aware of how their decisions actually have the potential to obstruct parliamentary processes. So I do think there is scope for devising mechanisms — I don't pretend to have the answer — that enable very difficult and currently quite perceptibly intractable problems to actually be debated, discussed, advised upon and then put into a process.

I can see that not every case is going to throw up the answer to every constitutional problem, but if you can find a role for the judges that brings them more into Parliament and if Parliament can then respond in a way that gives the judges a role in that process, I see that as the path one should take rather than to look at the judges' role as fixed. They just react to things, so we're really stuck with this piecemeal basis.

I think the relationship between the judiciary and Parliament could be a much more creative one and, indeed, will have to be. Let's think of what will happen if there isn't that kind of relationship. Just taking the select committee problems that I referred to, let's assume that the Standards and Privileges Committee refers what it perceives as a contempt to the full house, and the lawyers come in and say, "Hang on a minute. We want to put our case forward. We have a fundamental right," whatever it might be. Parliament is going to have to devise

primauté du droit et des préoccupations sur le privilège parlementaire, serait-il bon de former un comité mixte ou un comité mandaté par les représentants de la magistrature et du Parlement — composé peut-être d'avocats, de chercheurs et d'anciens juges — qui pourrait rédiger un projet de loi approprié qui serait examiné par le Parlement et qui serait ainsi fondé sur les points de vue judiciaires, juridiques et parlementaires? Autrement dit, comment pourrions-nous donner corps à cette idée?

Pourriez-vous donner votre avis sur n'importe laquelle de ces idées ou, sans doute, nous donner de meilleures idées quant à la façon de structurer ce type de dialogue?

M. Gordon : Oui. Merci. Au Royaume-Uni, les tribunaux ont toujours boudé quelque chose qu'on appelle la déclaration consultative, qui est un avis juridique pouvant être donné par un tribunal avant même qu'il ne soit saisi d'une affaire. Les tribunaux ont toujours été très réticents à cet égard, mais je crois qu'il est possible d'avoir des processus consultatifs permettant d'imaginer des mécanismes efficaces, et non purement réactifs.

Nous sommes plutôt habitués à ce que les juges prennent des décisions sur les affaires qui sont portées à leur attention. Le regretté lord Bingham était le juge modèle qui disait que nous n'étions pas très imaginatifs; nous faisons seulement ce qu'on nous dit de faire. Nous sommes saisis de l'affaire et nous prenons une décision.

Dans une certaine mesure, tout comme les parlementaires doivent être informés de ce qui se passe du côté des tribunaux un peu plus qu'ils le sont, je crois que les juges doivent comprendre la mesure dans laquelle leurs décisions peuvent, en fait, entraver les processus parlementaires. Je pense donc qu'il est possible d'imaginer des mécanismes — je ne prétends pas avoir la solution — permettant de débattre, de discuter et de donner des conseils sur des problèmes très difficiles et qui semblent actuellement insolubles et d'intégrer cela à un processus.

Je comprends que ce ne sont pas tous les cas qui mèneront à une solution pour chaque problème constitutionnel, mais si l'on peut trouver un rôle aux juges qui les intégrerait davantage au Parlement et si le Parlement peut alors répondre d'une façon qui donne aux juges un rôle dans ce processus, je vois cela comme la voie qu'il faut suivre plutôt que de considérer que le rôle des juges est figé. Ils ne font que réagir à des choses, de sorte que nous sommes vraiment pris avec un processus à la pièce.

Je crois que le lien entre la magistrature et le Parlement pourrait être beaucoup plus créatif et, d'ailleurs, il devrait l'être. Pensons à ce qui se produira si ce type de lien n'existe pas. Prenons le problème du comité spécial dont j'ai parlé, supposons que le comité des normes et des privilèges renvoie ce qu'il perçoit comme un outrage à la Chambre, et que les avocats disent : « Un instant; nous voulons faire valoir notre cause, nous avons un droit fondamental », peu importe quoi. Il faudra que le Parlement conçoive des processus qui permettent de soumettre la

processes that allow that right to be ventilated. The more that Parliament ignores the law, the more that the law ignores Parliament, the more these conflicts will continue.

Senator Gold: If I may follow up, I think your latter point, in a sense, connects with my colleague Senator Joyal's first question, if my memory is correct, and my question to you earlier, which was the desirability of some internal procedures within Parliament to deal precisely with this, due process or fundamental justice or fairness being the operating concern.

To your point about advisory reports, in Canada we do have an institution called the reference device, whereby governments can refer, whether to their courts of appeal provincially or, for the federal government, to the Supreme Court of Canada, questions upon which they ask the court's advice without the need for, as the Americans would say, "a case or controversy," without an actual *lis* between any parties. Strictly speaking it's not binding, although, in fact, the decisions of the Supreme Court on reference cases have been treated with the same precedential weight as actual cases have, *stare decisis* being somewhat of an old-fashioned idea, increasingly.

That's perhaps a device that could be used at least to get the court's advice as to what internal procedures might satisfy Charter of Rights concerns when we're dealing, for example, with third parties appearing before Senate committees.

Mr. Gordon: Yes. One device that was used in the U.K., I think it was at the time when we created our Supreme Court, and the judges felt power was slipping from them and entered into various concordats. I wonder whether there is scope for developing your procedure in a way that could be accompanied by a concordat between government and judiciary, providing for the way in which this process might be developed and fashioned into a constitutional safeguard, protecting one organ of state, Parliament, but also protecting the very people that the constitution is designed to protect, namely, the people themselves.

I would have thought that, once you start thinking along the lines of advice being given, concordats, meetings, it's a much more profitable line, I think — and I wish we would follow it in the U.K. — to the line of, "Well, we can't really reform; we shouldn't have anything codified because we'll just get more judges coming in." That currently is the level of debate in the U.K.

It needs to be modernized, because parliamentary privilege is a creature from the 17th century. It must be brought into the 21st century. The same is true with the way justice is administered — it has to be a modern system of justice. We are beginning now with IT to get electronic documents in courts. Perhaps you have had that in Canada for a long time, but we're still using A4 files,

question du droit à la discussion. Plus le Parlement ne tient pas compte du judiciaire, plus le judiciaire ne tient pas compte du Parlement, plus il y aura encore ce genre de conflits.

Le sénateur Gold : Si vous me permettez de poursuivre dans la même veine, je crois que dans un sens, votre dernier point est lié à la première question de mon collègue, le sénateur Joyal, si ma mémoire est bonne, et à la question que je vous ai posée plus tôt, soit la question de savoir s'il est souhaitable que certains processus internes du Parlement concernent précisément cela, l'application régulière de la loi ou la justice fondamentale ou l'équité étant les préoccupations opérationnelles.

Concernant ce que vous avez dit au sujet des rapports consultatifs, au Canada, nous avons un mécanisme au moyen duquel les gouvernements peuvent renvoyer, à leur cour d'appel provinciale, par exemple ou, dans le cas du gouvernement fédéral, à la Cour suprême du Canada, des questions au sujet desquelles ils demandent l'avis de la cour sans avoir besoin, comme le diraient les Américains, d'une cause ou d'une controverse, sans qu'il y ait un litige. À vrai dire, ce n'est pas exécutoire, bien qu'en fait, les décisions que rend la Cour suprême sur des renvois ont reçu la même valeur comme précédent que lorsqu'il s'agit d'affaires réelles, la doctrine *stare decisis* étant, de plus en plus, quelque peu dépassée.

C'est un mécanisme qui pourrait être utilisé au moins pour obtenir l'avis de la cour pour déterminer quels processus internes pourraient dissiper les préoccupations sur la Charte lorsque, par exemple, des tiers comparaissent devant des comités sénatoriaux.

M. Gordon : Oui. Au Royaume-Uni, je crois que c'était à l'époque où nous avons créé notre Cour suprême, et les juges avaient l'impression qu'ils étaient en train de perdre du pouvoir, on avait recours à un mécanisme consistant à signer des concordats. Je me demande si vous pouvez élaborer votre processus de façon à ce qu'il s'accompagne de la signature d'un concordat entre le gouvernement et la magistrature, visant la façon dont ce processus pourrait être élaboré en tant que garantie constitutionnelle protégeant un organe de l'État, le Parlement, mais aussi les personnes que la Constitution est censée protéger, à savoir, les gens.

À mon avis, une fois qu'on pense en fonction d'avis émis, de concordats, de réunions, c'est beaucoup plus avantageux, je crois — et je souhaiterais que nous suivions cette logique au Royaume-Uni —, que de dire : « Eh bien, nous ne pouvons pas vraiment faire de réforme; nous ne devrions rien faire codifier parce que plus de juges devront intervenir. » Voilà le type de débat qui est en cours au Royaume-Uni.

Il faut qu'il y ait modernisation, car le privilège parlementaire est une créature du XVII[e] siècle. Il doit être adapté au XXI[e] siècle. Il en est de même pour la façon dont la justice est administrée — il faut moderniser le système de justice. Avec les technologies de l'information, il commence à y avoir des documents électroniques dans les tribunaux. Peut-être que c'est

single-sided, and it's a fairly slow process. I think that's where the future lies.

Senator Joyal: I would like to come back, Mr. Gordon, to a point that you made which I think has some value. You say that, in reference to the Canadian Constitution, in the decision of the Supreme Court that one part of the Constitution should not trump the other. That is that the Charter of Rights should not trump parliamentary privilege, and parliamentary privilege should not trump the Charter. When you mentioned that the two are foundational in the structure of Parliament, that one way to reconcile the respect by Parliament of third party rights would not be to clearly establish a procedure that would be reflective of the principle of fundamental justice. This would mean an aggrieved party could call upon that procedure to be heard to make his or her case, and for an adjudication on the basis of the respect of principle of law that is included in the Charter of Rights. That seems to be a way to not put the third party totally under the whim of parliamentarians without any capacity to have his or her day in court, if I could use that expression.

It seems to me that insofar as the Canadian Constitution is structured, with privileges on one side and the Charter of Rights on the other side, they are not watertight, as you say. They are part of the same structure. They are part of the same constitutional approach. Since we have a written Constitution, that seems to be a fruitful way to explore, to make sure that we answer that question or challenge of how Parliament acts in sync with the principles of the Charter of Rights and Freedoms.

Mr. Gordon: Yes, I agree with that. If you look at the paper I co-authored with Sir Malcolm Jack, we threw in one idea, which is allowing someone who has been aggrieved, say as a result of a parliamentary debate, to put their case to Parliament so that you can hopefully go some way towards reconciling the need for free speech in Parliament with respect for fundamental rights. The ideal finishing point here would be, to use your phrase, that the fundamental rights charter, parliamentary processes, and judiciary and parliamentarians were in sync so that the potential for real constitutional conflict is minimized.

In that way, not only will there be fewer conflicts, but also people will not feel aggrieved as they currently do by the way in which, for example, some select committees operate in the U.K., where you can be named and shamed in public with no real chance to put your case forward.

le cas depuis longtemps au Canada, mais ici, nous utilisons toujours des dossiers en format A4, imprimés d'un seul côté, et il s'agit d'un processus assez lent. Je crois que c'est la clé de l'avenir.

Le sénateur Joyal : Maître Gordon, j'aimerais revenir sur un point que vous avez soulevé qui, je crois, n'est pas sans valeur. Vous dites que, au sujet de la Constitution canadienne, dans la décision de la Cour suprême, une partie de la Constitution ne devrait pas l'emporter sur l'autre. Autrement dit, la Charte ne devrait pas avoir préséance sur le privilège parlementaire, et vice versa. Vous avez mentionné que les deux sont fondamentaux dans la structure du Parlement et vous avez parlé de la question de savoir si un moyen de concilier les choses concernant le respect des droits des tiers par le Parlement ne consisterait pas à établir un processus qui refléterait le principe de la justice fondamentale. Cela voudrait dire qu'une partie lésée pourrait demander d'être entendue pour défendre son point de vue, et demander un processus d'arbitrage en se fondant sur le respect du principe de droit qui est inclus dans la Charte. Cela me semble un moyen de ne pas laisser le un tiers complètement à la merci des caprices des parlementaires sans qu'il ait l'occasion de se faire entendre devant les tribunaux, si je peux m'exprimer ainsi.

Il me semble qu'en ce sens, selon la façon dont la Constitution canadienne est structurée, avec des privilèges d'un côté et la Charte, de l'autre, ce n'est pas étanche, comme vous le dites. Ils font partie du même cadre et de la même démarche constitutionnelle. Puisque nous avons une constitution écrite, cela semble un bon moyen à explorer, pour faire en sorte que nous répondons à cette question quant à la mesure dans laquelle le Parlement agit en harmonie avec les principes de la Charte canadienne des droits et libertés.

M. Gordon : Oui, je suis d'accord avec vous. Dans le document que j'ai écrit avec sir Malcolm Jack, nous avons lancé une idée, qui est de permettre à une personne qui s'estime lésée, par exemple à l'issue d'un débat parlementaire, d'exposer ses arguments au Parlement de sorte qu'on peut espérer parvenir à concilier la nécessité de s'exprimer librement au Parlement et le respect des droits fondamentaux. Le point d'arrivée idéal serait, pour reprendre ce que vous avez dit, que la Charte, les processus parlementaires, et la magistrature et les parlementaires soient en harmonie de sorte que les risques de conflit constitutionnel soient réduits au minimum.

De cette manière, non seulement il y aurait moins de conflits constitutionnels, mais les gens ne se sentiraient pas lésés comme c'est le cas présentement, du fait de la façon dont, par exemple, certains comités spéciaux fonctionnent au Royaume-Uni, où on peut être montré du doigt en public sans avoir une possibilité réelle de défendre sa cause.

Senator Joyal: We have had a similar case in the Quebec legislative assembly whereby there was a unanimous motion adopted that condemned a citizen, not appearing during procedure in front of a committee or a select committee, who happened to make a comment totally outside parliamentary work. There was a unanimous motion adopted that shamed that person without that person having the right to come in front of the legislature to say that they feel aggrieved and seek redress. Since it was a motion adopted within the assembly, that person was deprived of any recourse in the court to have his case made.

We had three cases in the last 15 years in relation to a third party aggrieved: two of them were the object of a Supreme Court decision or hearing; one is it still pending in the Court of Appeal in Quebec in relation to a Sikh person wanting to testify wearing his kirpan, according to his own religious beliefs. The assembly denied his right to appear, because they said you can't bear or have an element that could be seen as endangering the security of the legislature.

Personally, I thought it was outrageous, and I don't want to comment more on that. This is an issue that, in my opinion, quite clearly involved the rights of a citizen, and the privileges of Parliament to decide how they want to admit people in the deliberation of Parliament.

Our major challenge is really to reconcile the rights of citizens — freedom of speech, freedom to affirm your religious beliefs, freedom from racism — so they have the capacity to go somewhere to have their rights adjudicated. If not, they will have to go to court, and then we have a clash of the rights between the Charter and parliamentary privilege. It seems to me that we should find a way to reconcile that, especially when a third party's rights are alleged to be in breach of parliamentary privilege, with respect to the principles of the Charter.

Parliament is not above the Charter, in my opinion. Parliament is bound to respect the principles of the Charter, but it's for Parliament to determine the right procedure to implement the Charter of Rights. This is really an issue with which we wrestle. They are real because they are in front of the Canadian courts.

Mr. Gordon: I agree with everything you say. It should be the most obvious thing in the world, shouldn't it, that fundamental rights have a relationship to what happens in Parliament? It may have a slightly different relationship, but that there is a relationship cannot be denied.

However, it is denied in the U.K. There is simply no legislation or internal process which recognizes a relationship between fundamental rights and parliamentary privilege. In Canada, you have a head start on us because, as you say, you have your Charter and you have parliamentary privilege, and

Le sénateur Joyal : Il y a eu un cas similaire à l'Assemblée nationale du Québec. Dans une motion adoptée à l'unanimité, elle a condamné un citoyen, qui n'a pas comparu devant un comité ou un comité spécial, qui a fait un commentaire dans un tout autre contexte que les travaux parlementaires. Une motion concernant cette personne a été adoptée à l'unanimité et cette dernière n'avait pas le droit de se présenter devant l'Assemblée nationale pour dire qu'elle se sentait lésée et demander réparation. Puisque la motion a été adoptée au sein de l'assemblée, la personne a été privée de la possibilité de s'adresser aux tribunaux pour défendre son point de vue.

Au cours des 15 dernières années, il y a eu trois cas où des tiers se sont sentis lésés : deux d'entre eux ont fait l'objet d'une décision de la Cour suprême ou d'une audience; l'autre affaire est toujours en instance devant la Cour d'appel du Québec. Il s'agit d'un sikh qui voulait témoigner en portant son kirpan en raison de ses croyances religieuses. L'assemblée lui a refusé le droit de comparaître, car elle a dit qu'on ne peut pas porter ou avoir un objet qui pourrait être considéré comme représentant un danger pour la sécurité de l'assemblée.

Personnellement, j'ai trouvé que c'était scandaleux, et je ne ferai pas d'autres commentaires à ce sujet. C'est une question qui, de toute évidence, à mon avis, concernait les droits d'un citoyen, et les privilèges du Parlement de décider sur la base de quels critères on laisse entrer des gens au Parlement.

Notre principal défi, c'est vraiment de concilier les droits des citoyens — liberté de parole, liberté d'affirmer ses croyances religieuses, liberté de vivre à l'abri du racisme — de sorte qu'ils puissent faire reconnaître leurs droits quelque part. Sinon, ils devront s'adresser aux tribunaux, et nous avons alors un affrontement sur le plan des droits entre la Charte et le privilège parlementaire. Il me semble que nous devrions trouver une façon de régler cela, surtout lorsqu'il est allégué que les droits d'un tiers contreviennent au privilège parlementaire, en ce qui concerne les principes de la Charte.

Le Parlement ne se situe pas au-dessus de la Charte, à mon avis. Il est tenu de respecter ses principes, mais il revient au Parlement de déterminer quel est le bon processus à suivre pour la mettre en oeuvre. C'est vraiment un problème avec lequel nous sommes aux prises. C'est concret, car les tribunaux canadiens en sont saisis.

M. Gordon : Je suis d'accord avec vous à propos de tout ce que vous venez de dire. Les droits fondamentaux sont liés à ce qui se passe au Parlement : ne devrait-il pas s'agir de la chose la plus évidente au monde? Le lien peut être légèrement différent, mais on ne peut nier qu'il y en a un.

Cependant, on le nie au Royaume-Uni. Il n'y a tout simplement pas de dispositions législatives ni de processus interne reconnaissant un lien entre les droits fondamentaux et le privilège parlementaire. Au Canada, vous avez une longueur d'avance sur nous, car comme vous le dites, il y a la Charte et il

they are both parts of the Constitution. So at least you have that relationship. What you don't have yet is any form of putting something on the bones of that relationship. That's what you need to do. A good example is internal processes of Parliament which recognize that relationship. That is an excellent start.

I actually am not as afraid of legislation which gives a space for that mechanism to operate as I think some other people may be. I think legislation which gives Parliament a complete role in terms of its own respect it pays for fundamental rights, and at the same time reserves the matters that are plainly reserved in a fundamental rights scenario to the courts seems to me an obvious solution. The detail of it is difficult, but the principle ought to be very clear.

The Chair: If there are no other questions, colleague, I would like to thank Mr. Gordon for his participation in our meeting today, and thank him very much for his insightful comments. We will continue our study as we go forward on this important issue.

Thank you, Mr. Gordon, for being with us today.

Mr. Gordon: Thank you very much.

The Chair: On May 8 we will continue our study on privilege. We will have with us former Speaker Dan Hays, who will be addressing the committee. Senator Kinsella is also on the list of the month of June. And, of course, steering will be meeting this week to continue our deliberations on bringing forward witnesses regarding the audit and oversight committee.

Thank you.

(The committee adjourned.)

y a le privilège parlementaire, et les deux font partie de la Constitution. Au moins, vous avez ce lien. Ce qu'il vous manque, c'est une façon de donner corps à ce lien. C'est ce que vous devez faire. À cet égard, les processus internes du Parlement qui reconnaissent ce lien constituent un bon exemple. C'est un excellent départ.

En fait, je n'ai pas aussi peur que peut-être d'autres personnes de l'idée d'adopter des mesures législatives qui fournissent un espace permettant à ce mécanisme de fonctionner. Je crois que l'adoption de mesures législatives qui donnent au Parlement un rôle complet concernant le respect qu'il réserve aux droits fondamentaux et qui, en même temps, réservent aux tribunaux les questions qui sont clairement liées à un scénario des droits fondamentaux me semble une solution évidente. Pour ce qui est des détails, c'est difficile, mais le principe doit être très clair.

Le président : Chers collègues, s'il n'y a pas d'autres questions, j'aimerais remercier Me Gordon d'avoir participé à notre réunion d'aujourd'hui, et je le remercie beaucoup de ses judicieuses observations. Nous poursuivrons notre étude sur ce sujet important.

Maître Gordon, je vous remercie d'avoir été avec nous aujourd'hui.

M. Gordon : Merci beaucoup.

Le président : Le 8 mai, nous poursuivrons notre étude sur les privilèges. Nous accueillerons un ancien Président du Sénat, M. Dan Hays. Le sénateur Kinsella est également sur la liste de juin. Puis, bien entendu, le comité de direction se réunira cette semaine pour poursuivre ses délibérations concernant les témoins que nous entendrons au sujet du comité de l'audit et de la surveillance.

Merci.

(La séance est levée.)

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, May 8, 2018

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:32 a.m., pursuant to rule 12-7(2)(c), to consider the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

Senator Leo Housakos (*Chair*) in the chair.

[*English*]

The Chair: Good morning, colleagues, and good morning to the general public. We are being televised, colleagues, this morning. I'm just letting my colleagues know that.

I would like to start off by having honourable colleagues present themselves.

Senator Batters: Senator Denise Batters, Saskatchewan.

Senator Eggleton: Art Eggleton from Toronto.

Senator Seidman: Judith Seidman from Montreal, Quebec.

Senator Wells: David Wells from Newfoundland and Labrador.

Senator Frum: Linda Frum, Ontario.

Senator Griffin: Diane Griffin, Prince Edward Island.

Senator Woo: Yuen Pau Woo, British Columbia.

Senator Marwah: Sabi Marwah, Ontario.

Senator Gold: Marc Gold, Quebec.

[*Translation*]

Senator Ringuette: Pierrette Ringuette from New Brunswick.

[*English*]

Senator Greene: Stephen Greene, Nova Scotia.

Senator Joyal: Serge Joyal from Quebec.

[*Translation*]

Senator Maltais: Good morning. Ghislain Maltais from Quebec.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 8 mai 2018

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 32, conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, pour étudier les ordres et pratiques du Sénat et le privilège parlementaire.

Le sénateur Leo Housakos (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le président : Chers collègues, bonjour, et bonjour aux membres du public qui nous regardent. La séance d'aujourd'hui est télévisée. Je voulais simplement le signaler aux membres du comité.

Je demanderais d'abord à mes honorables collègues de bien vouloir se présenter.

La sénatrice Batters : Sénatrice Denise Batters, de la Saskatchewan.

Le sénateur Eggleton : Art Eggleton, de Toronto.

La sénatrice Seidman : Judith Seidman, de Montréal, Québec.

Le sénateur Wells : David Wells, de Terre-Neuve-et-Labrador.

La sénatrice Frum : Linda Frum, de l'Ontario.

La sénatrice Griffin : Diane Griffin, de l'Île-du-Prince-Édouard.

Le sénateur Woo : Yuen Pau Woo, de la Colombie-Britannique.

Le sénateur Marwah : Sabi Marwah, de l'Ontario.

Le sénateur Gold : Marc Gold, du Québec.

[*Français*]

La sénatrice Ringuette : Pierrette Ringuette, du Nouveau-Brunswick.

[*Traduction*]

Le sénateur Greene : Stephen Greene, de la Nouvelle-Écosse.

Le sénateur Joyal : Serge Joyal, du Québec.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Bonjour. Ghislain Maltais, du Québec.

[*English*]

The Chair: I am Senator Leo Housakos from Quebec.

In June 2015, in the last session of Parliament, colleagues, this committee tabled a report, *A matter of privilege: a discussion paper on Canadian Parliamentary privilege in the 21st century*. Our committee, of course, has agreed to continue to pursue that study.

Today it is my great pleasure to welcome our witness, the Honourable Daniel Hays, to address a number of issues around parliamentary privilege.

Senator Hays was born and raised on a dairy farm on the outskirts of Calgary in what is now a suburb called Haysboro. He has an arts degree from the University of Alberta and then went on to complete a law degree at the University of Toronto.

Senator Hays was appointed to the Senate in 1984. During his parliamentary career, he has served on a number of Senate committees, including the Special Senate Committee on Senate Reform. In his time in the Senate, he also served as Deputy Leader of the Government and later as Leader of the Opposition. From 2001 to 2005 he was Speaker of the Senate.

I thank the former Speaker, Mr. Hays, for being here with us today. He has elicited a full house of senators. We're here keen to hear your perspective on parliamentary privilege, so I turn over the floor to you.

Hon. Dan Hays, P.C., former Speaker of the Senate, as an individual: Thank you, Mr. Chairman. As I look around the table at a full house —

[*Translation*]

So, I am scared.

[*English*]

I am a little apprehensive, but I'll do my best to deal with the topic at hand. I have a brief opening statement. Because time is precious, I understand, I will proceed to read it — it's a couple of pages — and then we can get into a discussion. If you get tired of the presentation, feel free to interrupt me and go directly to whatever it is you want to talk about.

To begin, let me confirm that during my time as Speaker, I had limited opportunity to deal with parliamentary privilege. However, I did make 10 rulings on questions of privilege. They involved issues such as written questions, committee meetings, validity of proceedings on a bill, accusation against an Officer of Parliament, tabling of a committee report when the Senate was not sitting, and recognition of the Leader of the Opposition; also, the unequal treatment of senators under the Rules and a news

[*Traduction*]

Le président : Je suis le sénateur Leo Housakos, du Québec.

En juin 2015, lors de la précédente législature, le comité a déposé un rapport intitulé *Une question de privilège : document de travail sur le privilège parlementaire au XXIe siècle*. Bien entendu, le comité a convenu de poursuivre cette étude.

Je suis très heureux de souhaiter la bienvenue à notre témoin, l'honorable Daniel Hays, qui traitera aujourd'hui de divers aspects ayant trait au privilège parlementaire.

Le sénateur Hays est né et a grandi sur une ferme laitière en périphérie de Calgary dans un secteur aujourd'hui devenu une banlieue du nom de Haysboro. Bachelier ès arts de l'Université de l'Alberta, il a poursuivi ses études à l'Université de Toronto où il a obtenu un diplôme en droit.

Le sénateur Hays a été nommé au Sénat en 1984. Au cours de sa carrière parlementaire, il a siégé à plusieurs comités sénatoriaux, y compris le Comité sénatorial spécial sur la réforme du Sénat. Au Sénat, il a également été nommé leader adjoint du gouvernement et, plus tard, leader de l'opposition. Il a agi à titre de Président du Sénat de 2001 à 2005.

Je tiens à remercier l'ancien Président du Sénat, M. Hays, d'avoir accepté notre invitation. Sa présence aujourd'hui fait salle comble. Nous sommes impatients d'entendre votre point de vue sur le privilège parlementaire. Donc, je vous laisse la parole.

L'honorable Dan Hays, C.P., ancien Président du Sénat, à titre personnel : Merci, monsieur le président. Quand je regarde tous ces gens dans la salle…

[*Français*]

Alors, j'ai peur.

[*Traduction*]

Je suis quelque peu inquiet, mais je ferai de mon mieux pour aborder le sujet à l'ordre du jour. J'ai préparé un bref exposé. Si j'ai bien compris, notre temps est limité. Je vais donc lire mon exposé — il ne compte que quelques pages — et nous pourrons ensuite amorcer la discussion. Si vous êtes las de m'entendre parler, n'hésitez-pas à m'interrompre et nous entrerons directement dans le vif du sujet.

J'aimerais d'abord confirmer que, pendant ma présidence, il m'est arrivé très peu souvent de traiter des questions touchant le privilège parlementaire. J'ai toutefois rendu 10 décisions sur le privilège. Ces décisions ont porté sur les questions écrites, les réunions de comité, la validité des délibérations sur un projet de loi, des accusations contre un haut fonctionnaire du Parlement, le dépôt d'un rapport de comité pendant l'ajournement du Sénat, la reconnaissance du leader de l'opposition, le traitement injuste

release sent out by a member of the House of Commons. In only one of my rulings did I find a prima facie case of privilege, which dealt with the premature disclosure of a committee report.

During my time as Speaker, and after leaving the Senate to resume a private law practice in Calgary, I have followed you closely. It's difficult, you'll find when you retire, not to maintain a big interest in what is going on here. In any event, I've reflected on the challenges that the concept of privilege poses — not just for members of Parliament but for the public, the press, the courts and the Parliament as a collective body.

I agree with your committee's conclusion as expressed in the recent report *A matter of privilege* that "privilege needs to be adapted to the current environment and modern expectations."

Like all institutions of government — and, in particular, the Senate, which retains many antiquated constitutional provisions that may no longer serve a public purpose, and on which I have commented in parliamentary publications — there is a constant need to review the nebulous and out-of-date provisions embedded in our instruments of governance to see how they can be made better to better serve the public interest.

Unfortunately, like the question of Senate reform, the question of parliamentary privilege is all too often set aside as not being a priority. Regrettably, the time of Parliament is regarded as too precious to deal with a subject widely seen as not urgent. But, as President Kennedy once said, "the time to fix the roof is when it is not raining." Like all matters of public policy-making, a review of parliamentary privilege should take place not during a period of crisis but during a time of relative normalcy so as to not be subject to the compromising deadlines and agendas of the moment.

I am in agreement with former member of the house Derek Lee, who wrote an important article in the *Canadian Parliamentary Review* in 2005, stating that there is a need for the codification of parliamentary privilege. Without a clear written code, Derek Lee said, parliamentary privilege continues to be characterized by "public ignorance, conflict with other laws and conflicts with other institutions."

The English jurist Sir Edward Coke, in his book *Institutes of the Laws of England*, from 1629, referred to privilege, as well as to the many other components that constitute the procedures of Parliament, as "asked after by everyone, unknown to many,

réservé aux sénateurs par le Règlement et un communiqué de presse présenté par un député de la Chambre des communes. Dans un seul cas ai-je jugé que la question de privilège était fondée de prime abord; il s'agissait de la divulgation prématurée d'un rapport de comité.

Au cours de ma présidence et depuis mon départ du Sénat pour reprendre ma pratique privée dans une firme d'avocats de Calgary, j'ai suivi attentivement vos activités. Vous verrez, lorsque vous prendrez votre retraite, qu'il est difficile de ne pas continuer de s'intéresser à ce qui se passe ici. Peu importe, depuis mon départ, j'ai réfléchi aux défis que pose le concept de privilège, non seulement pour les parlementaires, mais aussi pour les citoyens, la presse, les tribunaux et même le Sénat et la Chambre des communes collectivement.

Je souscris à la conclusion qu'a formulée le comité dans son récent rapport au Sénat intitulé *Une question de privilège*, à savoir que « le privilège doit être adapté à l'environnement contemporain et aux attentes modernes ».

Comme c'est le cas pour toutes les institutions gouvernementales — et particulièrement pour le Sénat, qui conserve de nombreuses dispositions constitutionnelles désuètes qui ne reflètent plus les intérêts publics et dont j'ai traité dans des publications parlementaires —, il faut constamment examiner les dispositions nébuleuses ou désuètes que comprennent nos instruments de gouvernance de manière à les modifier pour mieux servir l'intérêt public.

Malheureusement, tout comme la réforme du Sénat, la question du privilège parlementaire est trop souvent mise de côté puisqu'on ne la considère pas comme une priorité. Il est dommage que l'on juge le temps dont dispose le Parlement trop précieux pour le consacrer à une question considérée comme secondaire. Toutefois, pour reprendre les propos du président Kennedy, le meilleur temps pour réparer sa toiture, c'est lorsque le soleil brille. Comme toutes les questions de politique publique, l'examen du privilège parlementaire devrait avoir lieu non pas en période de crise, mais plutôt lorsque les opérations roulent normalement, de manière à ne pas mettre en péril des échéances ou des projets.

J'abonde dans le même sens que l'ancien député Derek Lee, auteur d'un important article publié en 2005 dans la *Revue parlementaire canadienne* dans lequel il souligne le besoin de codifier le privilège parlementaire. Selon Derek Lee, en l'absence d'un code écrit clair, le privilège parlementaire continuera d'être caractérisé par la « méconnaissance de la part de la population [et] l'existence de conflits avec d'autres lois et d'autres institutions ».

Un juriste anglais, sir Edward Coke, dans son ouvrage intitulé *The Institutes of the Laws of England*, publié en 1629, décrit comme suit le privilège parlementaire et de nombreux autres éléments de la procédure parlementaire : « revendiqués par tous,

understood by few" — a truism that continues to this day, in my opinion.

The authoritative proceduralist Sir Erskine May felt there was a need to codify parliamentary privilege. He wrote in his 1844 treatise that:

> . . . the present position of privilege is, in the highest degree, unsatisfactory.

Things don't change.

> Assertions of privilege are made in Parliament, and denied in the courts. . . . the privileges of both houses should be secured by a legislative definition; and a mode of enforcing them should be adopted which would be binding upon the courts.

Ms. Eve Samson, a long-time member of the procedural services in the British House of Commons, has written that since Erskine May's time there has always been tension between the "clarity of codification and the pragmatism of an approach that leaves room for evolution, common sense, and common understanding." I refer to her article "The Unfolding Debate with the Courts."

In any event, I get this. I'm sure we all do. However, I agree with the findings of the 1999 joint committee in Britain that a comprehensive Parliamentary Privileges Act is now required if we are to truly modernize Parliament as opposed to stitching it up.

The reasons given by the 1999 joint committee were as follows: an act of Parliament would make it easier for the electorate — that is the public — to understand the importance of parliamentary privilege by presenting a clear, accessible code in modern language. Such a code should maintain flexibility by stating principles. Such a code would not increase the power of the courts which determine the necessity of privilege. To maintain flexibility, principles should be stated with examples, so as not to preclude future developments from being covered by the provisions of a Parliamentary Privileges Act. Finally, a right of reply by citizens who consider they have been defamed in Parliament should be recognized.

As you will be aware, both the Australian and New Zealand Parliaments have codified parliamentary privilege in their statutes. I think their experience with codification requires a full inquiry, as does the experience of the Quebec National Assembly which has also codified many elements of privilege in their act respecting the National Assembly.

inconnus de la plupart, compris d'un petit nombre » — un truisme toujours répandu de nos jours, à mon avis.

Sir Erskine May, expert incontournable de la procédure, estimait qu'il y avait lieu de codifier le privilège parlementaire. Dans son traité de 1844, il a écrit :

> Dans son état actuel, le privilège est, au plus haut degré qui soit, insatisfaisant.

Les choses ne changent pas.

> Il est invoqué au Parlement et refusé par les tribunaux [...]. Le privilège des deux chambres devrait reposer sur une définition fixée dans une loi; et son mode d'application devrait lier les tribunaux.

Mme Eve Samson, membre de longue date des services de la procédure à la Chambre des communes britannique, a écrit que depuis l'époque d'Erskine May, il y a toujours eu une tension entre la clarté de la codification et le pragmatisme d'une approche laissant la place à l'évolution, au bon sens et à la compréhension commune. Je fais référence ici à l'article qu'elle a publié intitulé « The Unfolding Debate with the Courts ».

Je comprends tout à fait cette réalité. Je suis convaincu que c'est le cas pour nous tous. Toutefois, je souscris aux conclusions du comité mixte de 1999 au Royaume-Uni selon lesquelles une loi exhaustive sur le privilège parlementaire s'impose si l'on veut véritablement moderniser le Parlement plutôt que le rafistoler.

Les conclusions du comité mixte de 1999 au Royaume-Uni reposaient sur les considérations suivantes : une loi du Parlement permettrait à l'électorat — c'est-à-dire, le public — de mieux comprendre l'importance du privilège parlementaire, puisqu'elle présenterait un code clair et accessible exprimé en langage moderne; le code devrait assurer la souplesse du privilège en définissant des principes; le code ne renforcerait pas le pouvoir des tribunaux de trancher sur la nécessité du privilège; pour assurer la souplesse, les principes devraient être assortis d'exemples de manière à ne pas empêcher des situations futures d'être couvertes par la Loi sur le privilège parlementaire; et, finalement, il y aurait lieu d'accorder un droit de réplique aux citoyens qui jugent que l'on a atteint à leur réputation au Parlement.

Comme vous le savez, les parlements de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande ont tous les deux codifié le privilège parlementaire au moyen de lois. Je crois qu'il serait judicieux d'étudier pleinement leur expérience de la codification, de même que celle de l'Assemblée nationale du Québec qui a codifié de nombreux éléments du privilège avec la Loi sur l'Assemblée nationale.

Since it may be problematic for the Senate to proceed alone in this area, I would suggest consideration be given to making the case for establishing a joint committee on parliamentary privilege, with the House of Commons to reflect the modern needs of Parliament and the Canadian people.

Thank you.

The Chair: Thank you.

Senator Gold: Welcome to the committee. It's a real honour and a privilege to have you with us, especially for a relatively new senator like myself.

In a previous meeting of this committee, we heard from an English barrister named Richard Gordon who agreed with you, and indeed I think the sentiment around this table is that it's time to legislate and consider legislation on parliamentary privilege. With regard to the content of what that legislation might encompass, he suggested that we ought to consider entering into a dialogue, not only with Senate and the House of Commons, but with the courts, who are major players in helping to define the scope of privilege. He wasn't very precise in exactly how that dialogue might take place, and he acknowledged that there might be resistance on the part of both parties to enter into this, given the separation of powers in our Constitution.

I wonder if you have any thoughts or comments on the general idea that the courts and Parliament should be in this together to modernize our law of privilege?

Mr. Hays: Thank you, senator. No disrespect, but the first thing that comes to mind is: Good luck. It would be difficult to bring the courts into that kind of discussion, and for good reason. They might compromise their independence, which they highly value, and should highly value, in terms of being publicly associated with something like you suggest. On the other hand, it's worth a try. I think on a selective basis, you would find some jurists who would be interested in participating and who would do a good job in providing foresight in terms of how the courts might deal with what it is you would decide to do in terms of a codification, and what constitutes a matter of privilege.

Senator Gold: At the risk of putting you in a position where you might be uncomfortable answering, what are the areas in the law of privilege where you think the courts may have gone too far and not gone far enough? Are there areas that you think are ripe for modernization?

Mr. Hays: Nothing comes immediately to my mind. I'm sure if I had time to think about it, there would be some examples of the court, perhaps inappropriately, being too interested in what parliamentarians guard as that which happens in Parliament, which is decided by parliamentarians, and the courts would get

Puisqu'il peut être délicat pour le Sénat de se lancer seul dans cette entreprise, je propose que l'on envisage de créer avec la Chambre un comité mixte sur le privilège parlementaire chargé d'examiner les besoins du Parlement et des Canadiens à l'ère contemporaine.

Merci.

Le président : Merci.

Le sénateur Gold : Je vous souhaite la bienvenue au comité. C'est vraiment un honneur et un privilège de vous accueillir, surtout pour un sénateur relativement nouveau comme moi.

Lors d'une séance précédente du comité, nous avons accueilli Richard Gordon, un avocat britannique, qui est d'accord avec vous. D'ailleurs, je crois que nous convenons tous autour de cette table qu'il est temps de légiférer et de considérer l'adoption d'une loi sur le privilège parlementaire. Au sujet du contenu d'une telle loi, M. Gordon nous a proposé d'amorcer un dialogue, non seulement avec le Sénat et la Chambre des communes, mais aussi avec les tribunaux, les principaux intervenants pouvant nous aider à définir la portée du privilège. Il n'a pas précisé la structure que prendrait ce dialogue, mais il a reconnu qu'il pourrait y avoir une certaine résistance de la part des deux parties à amorcer ce processus, étant donné la séparation des pouvoirs consentis par notre Constitution.

Que pensez-vous de l'idée générale que les tribunaux et le Parlement collaborent à la modernisation du droit du privilège?

M. Hays : Merci, sénateur. Sans vouloir vous manquer de respect, la première chose qui me vient à l'esprit, c'est : bonne chance. Il serait difficile de convaincre les tribunaux de participer à une telle discussion, et avec raison. Ils pourraient compromettre leur indépendance, qu'ils valorisent énormément et qu'ils devraient valoriser ainsi, s'ils étaient associés publiquement à un tel processus. D'un autre côté, il vaut la peine d'essayer. De façon sélective, vous pourriez trouver certains juristes qui souhaiteraient participer à ce processus et qui auraient de bonnes idées sur la façon dont les tribunaux pourraient examiner vos décisions en matière de codification et ce qui constitue une question de privilège.

Le sénateur Gold : Sans vouloir vous mettre dans une position inconfortable, selon vous, dans quels domaines du droit du privilège les tribunaux sont-ils allés trop loin ou pas assez loin? Y a-t-il des domaines qui sont mûrs pour une modernisation?

M. Hays : Rien ne me vient immédiatement à l'esprit. Si j'avais du temps pour y réfléchir, je vous trouverais certainement quelques exemples de tribunaux qui s'intéressent un peu trop, peut-être même de façon inappropriée, à ce que les parlementaires tentent de protéger, soit les décisions des parlementaires et ce qui se passe au Parlement, et qui aimeraient

their chance to deal with it if someone goes to the trouble of getting it before a court.

Personally, I don't think it's a good idea to mix up the ultimate arbiter of what should have been done in what is being done.

Senator Gold: Thank you.

Senator Joyal: Welcome Senator Hays. I'm happy to have an opportunity to exchange views with you on this issue which has been a recurring issue for the last 20 years, and more so in the last 15 years, especially in the courts.

There has been a landmark decision in the *Vaid* case by the Supreme Court in 2005, whereby the issue at stake was an allegation of discrimination based on racism. So it was in fact an allegation that was seeking to implement the section of the Charter based on equality, section 15, even though the allegation was based on the Human Rights Act essentially, it was the same principle. It was a Charter principle.

The second one, which is presently in front of the Supreme Court, involved a Speaker of the Legislative Assembly of Quebec. In that case, it is an allegation on the violation of union rights by an employee who has been fired by the authority of the President without following the grievance procedure that pertains to the employees of the assembly. That case was pleaded in court two months ago, and my point is the same as in the *Vaid* case, it is an allegation of violation of Charter rights.

There is presently a case in the Quebec court. In the Quebec appeal court, the *Singh* case, which deals with an allegation of violation of freedom of religion. Again, a Charter principle.

I want to stress two points. The first one is that the major conflict in relation with privileges appears to involve third parties, and you refer to that in the last page of your brief in point five where you say reply by citizens who consider they have been defamed in Parliament should be recognized. So it's involving what I would call third party rights. Not members of Parliament, per se, but third parties — private citizens who feel aggrieved by a decision of Parliament.

My question to you is, should we not try to address that very issue of trying to reconcile the implementation of the Charter principles with the day-to-day decisions of Parliament, be it by the Speaker or by the assembly itself, so that there will be a mechanism to reconcile the exercise of privileges with the principles of the Charter within Parliament?

bien examiner ces questions si quelqu'un se donnait la peine de les présenter devant les tribunaux.

Personnellement, je ne crois pas que ce soit une bonne idée de demander à l'arbitre suprême de ce qui aurait dû être fait de se prononcer sur ce qui se fait.

Le sénateur Gold : Merci.

Le sénateur Joyal : Sénateur Hays, je vous souhaite la bienvenue. Je suis heureux d'avoir l'occasion de discuter avec vous de cette question qui revient depuis maintenant 20 ans, et un peu plus souvent au cours des 15 dernières années, notamment devant les tribunaux.

En 2005, la Cour suprême a rendu une décision historique dans l'affaire *Vaid* concernant une allégation de discrimination fondée sur le racisme. Il s'agissait d'une allégation relative à l'article 15 de la Charte qui porte sur l'égalité, alors qu'elle était plutôt relative à la Loi sur les droits de la personne. Toutefois, le principe était le même, un principe couvert par la Charte.

Une autre affaire actuellement devant la Cour suprême concerne le Président de l'Assemblée législative du Québec. Dans cette affaire, un employé congédié, en vertu du pouvoir du Président, sans que la procédure de griefs pour les employés de l'assemblée ait été respectée, allègue qu'il s'agit d'une violation des droits des syndiqués. L'affaire a été plaidée il y a deux mois. À mon avis, il s'agit d'une affaire similaire à l'affaire *Vaid*; il s'agit d'une allégation de violation des droits consentis par Charte.

La Cour d'appel du Québec est actuellement saisie de l'affaire *Singh*, qui concerne une allégation de violation de la liberté de religion. Encore une fois, il s'agit d'un principe couvert par la Charte.

J'aimerais souligner deux points. D'abord, le principal conflit par rapport aux privilèges semble venir de la participation de tierces parties, et vous y faites référence à la dernière page de votre exposé, au point cinq, où vous dites qu'il y aurait lieu d'accorder un droit de réplique aux citoyens qui jugent que l'on a atteint à leur réputation au Parlement. Donc, il est question de ce que j'appellerais les droits des tiers. Pas des députés, en tant que tels, mais des tiers — des citoyens privés qui se sentent lésés par une décision du Parlement.

Ma question est la suivante : ne devrait -on pas tenter de réconcilier la mise en œuvre des principes de la Charte et les décisions quotidiennes du Parlement, qu'il s'agisse de décisions rendues par le Président ou l'assemblée elle-même, de façon à disposer d'un mécanisme permettant de réconcilier l'exercice du privilège et les principes de la Charte au sein du Parlement?

Even if we codify the privileges, as you quote in your last one paragraph in your brief, "as does the Quebec National Assembly," it doesn't present violations of citizens' rights as we see in the last two cases I have referred to you — the *Chagnon* case, which is in front of the Supreme Court and the *Singh* case, which is in front of the Court of Appeal in Quebec involving privileges that were supposed to be codified in the Legislative Assembly Act. So codification is not an answer to the rights of citizens who feel aggrieved by a decision of Parliament to seek a proper way of finding redress.

In those two cases it ends up in court, so we can't spare the court even though we have codification. So would it not be better to have a system of reconciliation, which is perhaps a committee that would have that responsibility, in the case of the federal Parliament, a joint committee of both houses whereby there would be a procedure for citizens who feel aggrieved to appeal to that committee to have principles of fundamental justice be respected so that he or she can make his case and plead and be represented by an attorney as we have, for instance, in the Conflict of Interest Committee when a senator feels that he is the object of an allegation, he or she has the full right to fair treatment.

Would that not be a way to address the issue that seems to still remain vivid, even though there is, as in the case of Quebec, some kind of codification the legislative assembly has?

Mr. Hays: That is a difficult question, Senator Joyal. I know of your interest in it and I want to be careful because you I think probably spent a lot more time thinking about this than I have.

What we do not have now in our Parliament by way of committees and so on, or for that matter the courts, to address the issue that you highlight is a citizen's grievance with something that Parliament has done or said. It may well be the short answer to that is Parliament should give consideration to creating a place where a citizen is aggrieved to go to hear the grievance and provide assistance or provide an answer; to provide an answer would have to be a parliamentary committee to the question you pose.

I can't think — maybe you can help me with this — of an instance. You refer to *Vaid*. Just from memory, I think this was the dismissal of a driver by the —

Senator Joyal: Speaker of the House of Commons.

Mr. Hays: Did parliamentary privilege cover that? If I remember correctly, no, it does not. The Speaker's conduct, in that example, was going to be treated as if they were a taxi company or whatever, which I think was the right decision.

Le fait de codifier le privilège, même en étudiant l'exemple de l'Assemblée nationale du Québec, comme vous le dites dans l'avant-dernier paragraphe de votre exposé, ne protège pas les droits des citoyens, comme nous l'avons vu dans les deux dernières affaires auxquelles j'ai fait référence — l'affaire *Chagnon*, devant la Cour suprême, et l'affaire *Singh*, dont la Cour d'appel du Québec a été saisie — qui concernent des privilèges qui sont censés être codifiés dans la Loi sur l'Assemblée législative. Donc, la codification n'est pas une solution pour protéger les droits des citoyens qui se sentent lésés par une décision du Parlement et qui cherchent une façon appropriée de demander réparation.

Ces deux affaires sont devant les tribunaux. Donc, la codification n'empêche pas les tribunaux d'avoir à se prononcer sur cette question. Ne serait-il donc pas préférable d'avoir un système de réconciliation, peut-être un comité, et dans le cas du Parlement fédéral, un comité mixte des deux Chambres, qui aurait pour mandat de mettre en place à l'intention des citoyens qui se sentent lésés une procédure leur permettant d'interjeter appel devant le comité pour faire respecter les principes de justice fondamentale, de plaider leur cause et d'être représentés par un avocat, comme c'est le cas pour le Comité sur les conflits d'intérêts où un sénateur faisant l'objet d'allégations peut obtenir ce genre de soutien?

Est-ce que ce serait une façon de régler ce problème qui demeure frappant, même si, dans le cas du Québec, l'assemblée législative a procédé à une certaine codification?

M. Hays : C'est une question difficile, sénateur Joyal. Je connais votre intérêt pour le sujet et je tiens à faire preuve de prudence en vous répondant, car vous avez probablement passé plus de temps que moi à réfléchir à cette question.

Ce qui nous manque au Parlement pour régler le problème que vous soulevez, que ce soit par l'entremise de comités ou de tribunaux, c'est un processus de griefs qui permet aux citoyens de se plaindre d'une décision du Parlement ou d'un geste posé par celui-ci. Le Parlement devrait peut-être étudier la possibilité de créer un espace où les citoyens lésés peuvent exprimer leurs frustrations et obtenir de l'aide ou une réponse. Pour obtenir une réponse, il faudrait que ce soit un comité parlementaire.

Peut-être pourriez-vous m'aider, mais aucune situation précise ne me vient à l'esprit. Vous faites référence à l'affaire *Vaid*. De mémoire, il est question dans cette affaire du congédiement d'un chauffeur par...

Le sénateur Joyal : Le Président de la Chambre des communes.

M. Hays : Est-ce que le privilège parlementaire s'applique dans un tel cas? Si je ne m'abuse, non. Dans cet exemple, on a examiné le comportement du Président comme s'il s'agissait d'une compagnie de taxi, et je crois que c'était la bonne chose à

Where do you go if you don't have a court or Parliament itself, and it may require Parliament's attention, and perhaps we need a vehicle — not a vehicle — that might be a way of putting it, but we need a place to go for such a complaint.

Off the top of my head, I don't think we have one, but if we're going to have one I think that would be something Parliament could do. I don't think the courts can, so it's a parliamentary challenge.

Senator Joyal: My preoccupation is in fact how we reconcile the two parts of the Constitution, the Charter on one side and parliamentary privileges on the other side that are, as you know, covered by section 18 of the Constitution Act, 1867, whereby former Chief Justice McLachlin — she was not Chief Justice in 1998 — in the famous *Harvey* case of New Brunswick, said quite clearly that one part of the Constitution cannot trump another part of the Constitution. So you cannot allege a Charter violation to negate the privileges that are recognized in section 18. So we are caught with two poles of authority in the Constitution that conflict in some decisions. How do we make sure that Parliament take an initiative to reconcile them if we are not to live the way we live now, that is to leave an aggrieved citizen with the onus to go to court?

When the citizen goes to court, the court might be tempted to say, "Well, yes, you were aggrieved. Yes, there was a violation of your right, but it's a decision taken by Parliament in its deliberative and legislative function, as *Vaid* said, and as such we can't order a redress." In other words, the citizen is left wanting even though he or she has the personal conviction that they have not seen their rights respected by Parliament.

It seems to me that there should be a way to address that issue, which results from the fact that we have a written Constitution, and having a written Constitution we have to find a way to arbitrate in such cases whereby the citizens will have the conviction that his or her rights are respected by Parliament and there is due process provided to have that alleged violation being addressed and acted upon.

Mr. Hays: What first comes to mind as I listen to how you pose the question is even if you do have a final method of determining such a question, it doesn't ensure that the aggrieved person is going to be happy with the result.

Senator Joyal: No.

Mr. Hays: And maybe it's not so bad the way it is, in terms of the role the courts and Parliament have made available to the public to deal with it. It could be streamlined, however, and give

faire. Où peut-on aller si l'on n'a pas accès aux tribunaux ou au Parlement, si la question exige l'attention du Parlement? Peut-être avons-nous besoin d'un véhicule — pas d'un véhicule, ce n'est peut-être pas la bonne terminologie à employer, mais nous avons besoin d'un forum où ce genre de plaintes peut être exprimée.

De mémoire, je ne crois pas que nous en ayons, mais si nous décidons d'en avoir un, je pense que c'est quelque chose que le Parlement pourrait faire. Je ne crois pas que les tribunaux pourraient le faire; c'est un défi parlementaire.

Le sénateur Joyal : Ce qui me préoccupe, c'est la façon dont nous concilions les deux parties de la Constitution, la Charte, d'une part, et les privilèges parlementaires, d'autre part, qui sont, comme vous le savez, visés par l'article 18 de la Loi constitutionnelle de 1867, en vertu de laquelle l'ancienne juge en chef McLachlin — elle n'était pas juge en chef en 1998 —, dans la célèbre affaire *Harvey* au Nouveau-Brunswick, a dit très clairement qu'une partie de la Constitution ne peut pas avoir préséance sur une autre partie de la Constitution. On ne peut donc pas invoquer une violation de la Charte pour éliminer les privilèges qui sont reconnus à l'article 18. Nous nous retrouvons avec deux pôles d'autorité dans la Constitution qui vont à l'encontre de certaines décisions. Comment pouvons-nous nous assurer que le Parlement fait des démarches pour concilier les deux si nous ne faisons pas ce que nous faisons maintenant, qui est de laisser un citoyen lésé avec le fardeau de s'adresser aux tribunaux?

Lorsque le citoyen va en cour, le tribunal peut être tenté de dire ceci : « Eh bien, oui, vous avez été lésé. Votre droit a été violé, mais c'est une décision qui est prise par le Parlement dans le cadre de ses délibérations et de sa fonction législative, comme on l'a évoqué dans l'arrêt *Vaid* et, par conséquent, nous ne pouvons pas ordonner un recours. » Autrement dit, le citoyen est laissé pour compte même s'il est convaincu que ses droits n'ont pas été respectés par le Parlement.

Il me semble qu'il devrait y avoir une façon de régler ce problème, qui découle du fait que nous avons une Constitution écrite et, ce faisant, nous devons trouver un moyen de jouer le rôle d'arbitre dans des affaires où les citoyens sont convaincus que leurs droits ne sont pas respectés par le Parlement et nous assurer qu'un processus est en place pour que la violation présumée soit examinée et qu'on y donne suite.

M. Hays : Ce qui me vient spontanément à l'esprit en vous écoutant poser la question, c'est que, même si vous avez une méthode finale pour déterminer une telle question, cela ne garantit pas que la personne lésée sera satisfaite du résultat.

Le sénateur Joyal : Non.

M. Hays : La méthode actuelle n'est peut-être pas si mauvaise, pour ce qui est du rôle des tribunaux et du Parlement et les mesures mises à la disposition du public pour régler ces

greater authority to the courts in some way. I can't think of what kind of legislation that would call for, but to give the courts a greater role of a final hearing and decision that is not available at the moment either from Parliament or from the courts. In other words, an imaginative legislative initiative might provide a better answer to your question than we have now, which is you're stuck with what either you end up with in the courts or in Parliament or both.

Senator Joyal: Thank you.

The Chair: I would like to weigh in with a question in this regard. We have heard over the last couple of meetings on this issue about the merits of codification of parliamentary privilege, some arguing that it would provide clarity, others arguing that the moment you codify parliamentary privilege it opens up an opportunity for courts to encroach even further on parliamentary privilege. Can you share your perspective on the merits of codification versus not codification? We have Parliaments around the word that have done both, so I wonder if you can share your point of view on that.

Mr. Hays: Without an attempt to codify, the outcomes are always going to be less certain than, in my view, than they would be if you have done a good job of codifying the procedures that will lead to a remedy for the grievance that is claimed because there is nothing specifically designed in the courts as they are constituted now and the Parliament as it's constituted now that makes it clearly the responsibility of one or the other.

As is always the case in a judicial or parliamentary matter, you can't please everyone, so individuals have no guarantee, when they access the resolution methodology, of being happy with the final results of that. I think we just have to live with it.

The committee might find it useful to look around at other legislative frameworks in other countries to see if somebody has dealt with it in a better way than we have, but nothing comes to my mind.

Senator Ringuette: Senator Hays, it's always a pleasure to see you. The fact that you're keeping our institution close within your sight and hearing space is welcome.

I'd like for you to be very candid. You stated that during your term as Speaker of the Senate, you made 10 rulings with regard to privilege. Our current Senate Rules — they haven't changed since you left the institution — for identifying prima facie cases and the subsequent steps, are they adequate? Do we need to investigate that process also?

affaires. Le processus pourrait être simplifié, cependant, et pourrait conférer de plus grands pouvoirs aux tribunaux d'une certaine façon. Je ne peux pas m'imaginer le type de loi qu'il faudrait, mais il faut donner aux tribunaux un plus grand rôle dans l'audience finale et la décision qui n'est pas disponible pour le moment. Autrement dit, une initiative législative novatrice pourrait fournir une meilleure réponse à votre question que ce que nous avons à l'heure actuelle, à savoir que vous devez vous satisfaire des décisions des tribunaux ou du Parlement, ou des deux.

Le sénateur Joyal : Merci.

Le président : J'aimerais intervenir et poser une question à ce sujet. Nous avons entendu des témoignages au cours des quelques dernières réunions sur la question du bien-fondé de la codification du privilège parlementaire, certains soutenant qu'elle apporterait plus de clarté, d'autres soutenant qu'à partir du moment où l'on codifie le privilège parlementaire, on donne l'occasion aux tribunaux d'empiéter encore plus sur le privilège parlementaire. Pouvez-vous nous faire part de votre point de vue sur le bien-fondé de la codification? Des Parlements dans le monde entier ont fait les deux, et je me demande si vous pouvez nous dire ce que vous en pensez.

M. Hays : Si on n'essaie pas de codifier, les résultats seront moins certains qu'ils le seraient si vous aviez fait un bon travail pour codifier les procédures qui donneront lieu à un recours pour le grief qui est revendiqué, car rien, dans les tribunaux et au Parlement, ne précise clairement leurs responsabilités à l'heure actuelle.

Comme c'est toujours le cas dans une question judiciaire ou parlementaire, on ne peut pas plaire à tout le monde, si bien que les gens n'ont aucune garantie, lorsqu'ils ont accès à la méthodologie de règlement des conflits, qu'ils seront satisfaits des résultats finaux. Je pense que nous devons simplement accepter la situation.

Le comité pourrait trouver utile d'examiner d'autres cadres législatifs dans d'autres pays pour voir si quelqu'un a mieux géré la situation que nous, mais rien ne me vient à l'esprit.

La sénatrice Ringuette : Sénateur Hays, c'est toujours un plaisir de vous voir. Nous vous sommes reconnaissants de garder un œil attentif sur notre institution et sur nos audiences.

J'aimerais que vous soyez très honnête. Vous avez dit que durant votre mandat en tant que Président du Sénat, vous avez rendu 10 décisions concernant le privilège. Les dispositions dans notre *Règlement du Sénat* actuel — elles n'ont pas changé depuis que vous avez quitté l'institution — concernant les preuves à première vue et les mesures subséquentes sont-elles adéquates? Devrions-nous nous pencher sur ce processus également?

Mr. Hays: Whether the Senate needs to or not is always up to the number of votes for or against revisiting the circumstance that exists at the moment. I can't remember, in my time here, whether that ever occurred, and that is if someone with the specific issues that you just recited wanted to, once and for all, find a way for them to be addressed either by the Speaker, some arbiter, or the Senate itself, other than what is in existence. I'm not sure I can help by suggesting a way of cutting through that and replacing it with a better structure than we already have in the House of Commons and the Senate.

Maybe I didn't fully understand your question, but I'll stop there and let you clarify.

Senator Ringuette: From what I gather, you agree that the current process of the Speaker identifying a prima facie case of privilege is adequate.

Now, the second step, when a case has been identified or agreed upon by the Speaker, is up to the senator who has made a question of privilege on the floor of the Senate. Therefore, sometimes the issue would go to the Rules Committee. At another time, the issue would go to another committee.

It seems we don't have, as a follow-up process, an adequate system and time frame when a case of privilege or a prima facie case has been identified by the Speaker. How should we move with regard to these rules, the second phase after identifying a prima facie case?

Mr. Hays: Identifying a prima facie case is the key. Once it's found by the Speaker to be a prima facie case, then next steps occur, which is what the objective of the complainer is. It's not easy to do. It's not supposed to be easy to do, because it's an interference in the normal procedures of the day and the business of the Senate.

What would be better than what the Senate has now? My memory isn't good enough to give you a good answer to your question. If you wanted to codify and make clearer what the steps are to have a question of privilege dealt with more expeditiously, the methodology to get to that result would be biased more to finding privilege being breached than not finding privilege being breached.

My own impression is because it's a difficult procedure and there are so many subjective points in the process, that it's now less likely that a breach of privilege will be found than the other result, that privileges have been breached, or maybe it's okay the way it is.

M. Hays : Quant à savoir si le Sénat doit se pencher sur une question ou non dépend toujours du nombre de votes pour ou contre l'idée de revoir la situation actuelle. Je ne me rappelle pas, durant le temps que j'ai passé ici, si c'est déjà arrivé, et si quelqu'un qui est aux prises avec les problèmes que vous venez de soulever voulait, une fois pour toutes, trouver un moyen pour que ces problèmes soient réglés par le Président, un arbitre ou le Sénat. Je ne suis pas certain de pouvoir aider en proposant une façon de passer en revue le processus et de le remplacer par une meilleure structure que celle que nous avons déjà en place à la Chambre des communes et au Sénat.

Je n'ai peut-être pas bien compris votre question, mais je vais m'arrêter ici et vous permettre d'apporter des éclaircissements.

La sénatrice Ringuette : Si j'ai bien compris, vous êtes d'avis que le processus actuel selon lequel le Président détermine s'il y a une question de privilège fondée à première vue est adéquat.

Maintenant, pour la deuxième étape, lorsqu'une preuve a été établie et acceptée par le Président, la décision revient au sénateur qui a soulevé une question de privilège au Sénat. Par conséquent, le Comité du Règlement sera parfois saisi de la question. À d'autres occasions, un autre comité en sera saisi.

Nous ne semblons pas avoir, pour assurer un suivi, un système adéquat et un délai lorsque le Président relève une question de privilège ou une question de privilège fondée à première vue. Quelles mesures devrions-nous prendre à la deuxième étape, après avoir établi qu'il y a une question de privilège fondée à première vue?

M. Hays : L'élément principal est d'établir l'existence d'une question de privilège fondée à première vue. Une fois que le Président a relevé une question de privilège fondée à première vue, on passe alors à l'étape suivante, qui est de déterminer l'objectif poursuivi par le plaignant. Ce n'est pas facile à faire. Ce n'est pas censé être facile à faire, car il s'agit d'une ingérence dans les procédures normales et les travaux du Sénat.

Quelle procédure serait préférable à celle en place au Sénat actuellement? Ma mémoire n'est pas assez bonne pour que je puisse vous donner une bonne réponse à votre question. Si vous voulez procéder à une codification et clarifier les étapes à suivre pour qu'une question de privilège soit réglée plus rapidement, la méthodologie pour obtenir ce résultat serait biaisée davantage lorsqu'on relève une atteinte au privilège que lorsqu'on n'en relève pas.

J'estime que parce que c'est une procédure difficile et qu'il y a de nombreux éléments subjectifs dans le processus, il est moins probable que l'on établira qu'il y a eu une atteinte au privilège, et c'est peut-être correct.

That was always what we ended up with during my years in the Senate. I can't ever remember that being changed one way or the other, to make it easier or harder to establish that privileges have been breached.

It's a hard question to answer, other than if you sat down and spent some time on the examples — a lot of examples exist — and how they might have come to a faster or fairer solution in terms of yes, so and so's privileges were breached or weren't.

Senator Ringuette: When a prima facie case has been heard and the process that a senator would review that case is correct, should we look outside of the chamber to a third party group to look at the issue? I find that sometimes it seems that the issue of numbers and politics seems to interfere with the central element of parliamentary privilege.

Mr. Hays: Would an independent arbiter, perhaps the courts or a panel of judges or something, be a good final determiner of whether or not privilege is in breach? My reaction to that is no. I think Parliament has a strong interest in keeping family problems within the family, and the minute you create another parallel process to make a decision, that's not a good idea.

Senator Ringuette: Thank you.

The Chair: I'm glad to hear the response to the question of my colleague Senator Ringuette, because it's the crux, in my opinion, of the problem. Over time, we're constantly looking for some kind of element outside of the parliamentary process to resolve parliamentary privilege, and I think we've allowed in our system for the courts, as well, to infringe upon what has been traditionally parliamentary supremacy and authority. As soon as you open that Pandora's box, you diminish, in large part, the whole privilege behind parliamentary privilege and authority.

Going forward, what are the risks and challenges we face as a Parliament from the growing role of the judiciary system in ruling over what was once upon a time viewed as our supreme authority on legislative matters and matters of privilege?

Our challenge going forward is to find a compatible manner to merge the traditions and objectives of parliamentary privilege with our system of law and the roles the courts play, as well as emulsifying within those two components the Charter of Rights and Freedoms. As Senator Joyal said, the challenge is also now dealing with third-party perceived breaches as well. I know it's a very broad question.

Mr. Hays: Yes. I'm trying to distill out of that a question to which I can give a comment, answer or provide some sort of help. I'm having difficulty.

C'était toujours ce qui se produisait durant les années que j'ai passées au Sénat. Je n'arrive pas à me souvenir d'un moment où cette procédure a été modifiée pour qu'il soit plus facile ou plus difficile d'établir s'il y a eu atteinte au privilège.

Il est difficile de répondre à cette question, à moins de vous asseoir et de passer du temps à examiner les exemples — et ils sont nombreux — et la façon dont on pourrait se tourner vers une solution plus rapide et plus équitable pour établir s'il y a eu violation du privilège ou non.

La sénatrice Ringuette : Lorsqu'une question de privilège fondée à première vue est entendue et le processus en vertu duquel un sénateur passe en revue le cas est correct, devrions-nous envisager de faire appel à un groupe tiers externe pour examiner la question? Je trouve que les données et les politiques semblent parfois interférer avec l'élément central du privilège parlementaire.

M. Hays : Un arbitre indépendant, peut-être les tribunaux ou un groupe de juges, pourrait-il être bien placé pour déterminer s'il y a eu une violation de privilège? Je ne pense pas. Je crois que le Parlement tient vraiment à garder les problèmes qui se posent à l'interne, et la création d'un processus parallèle pour prendre une décision n'est pas une bonne idée.

La sénatrice Ringuette : Merci.

Le président : Je suis ravi d'entendre la réponse à la question de ma collègue, la sénatrice Ringuette, car c'est le nœud du problème, à mon avis. Avec le temps, nous cherchons constamment des éléments externes au processus parlementaire pour régler la question du privilège parlementaire, et je pense que nous avons permis aux tribunaux d'empiéter sur la suprématie et le pouvoir du Parlement. Dès que vous ouvrez cette boîte de Pandore, vous minez le privilège sous-jacent au privilège et au pouvoir du Parlement.

À l'avenir, quels sont les risques et les défis auxquels nous serons confrontés au Parlement en raison du rôle croissant du système judiciaire de rendre des décisions qui outrepassent ce que nous percevions à une certaine époque être notre autorité suprême sur des questions législatives et des questions de privilège?

Notre défi sera de trouver une façon compatible de combiner les traditions et les objectifs du privilège parlementaire avec notre système juridique et les rôles que les tribunaux jouent, de même que d'émulsifier dans ces deux éléments la Charte des droits et libertés. Comme le sénateur Joyal l'a dit, le défi est également de gérer les violations perçues par les tierces parties. Je sais que c'est très vaste.

M. Hays : Oui. J'essaie de faire ressortir une question que je peux commenter, à laquelle je peux répondre ou pour laquelle je peux fournir de l'aide. J'éprouve des difficultés.

Each of the two houses of Parliament — I have always been jealous of letting matters out of the family, which is to say out of the Senate or the House of Commons. There are a few things where the two houses make decisions together, but we don't like that either, if I'm not mistaken. The last thing we wanted when I was a senator was the House of Commons telling us what to do, and I'm sure that was shared on the other side. There are some joint committees, the parliamentary restaurant and a few things we're okay with, but not many.

I think it should be kept within the chamber to the greatest degree possible. While the solution or answer to a particular matter may not be the best, it's easier to live with if it's the institution's decision than it is if it's somebody else's decision.

[*Translation*]

Senator Maltais: Welcome, Senator Hays. My colleague Senator Joyal skirted around the issue of the *Michaud* case, which involves the National Assembly, with all the deftness of a skilled litigator. Since I am not a lawyer, I am going to deal with it more directly. In that case, of which you are surely aware, a unanimous motion against Mr. Michaud was tabled in the National Assembly because of certain remarks he had made outside it. Since that time, about 15 years ago, he has been trying to have a platform to explain the content of his remarks and the value he gave them. The National Assembly has always refused. Mr. Michaud, who is a lawyer by profession, could have gone to court. However, he considered it wise not to do so because his chances of winning were slim.

As a lawyer, Mr. Hays, what do you think about it?

[*English*]

Mr. Hays: Yes, and I'm not familiar with the *Michaud* case, which is probably going to make me answer this in a different way than if I were familiar with it.

What I hear you saying is that the National Assembly has made a decision that he objectively would have an objection to, but he's left without — I assume Mr. Michaud is not a member of the National Assembly. He's a citizen, and he's left without a way of answering what he may consider to be unjust claims about his conduct or something he's done. I'm answering this in the abstract; I don't know the *Michaud* case.

As I think about it and as you posed the question, and assuming the National Assembly has no more remedies for this kind of a grievance than provincial structures I'm aware of, it's a gap; it's something that's missing for him.

Dans chacune des deux Chambres du Parlement, j'ai toujours été réticent à l'idée de laisser le soin à des entités externes d'examiner nos enjeux, en dehors du Sénat ou de la Chambre des communes. Il y a quelques cas où les deux Chambres prennent des décisions ensemble, mais cela ne nous plaît pas non plus, si je ne m'abuse. La dernière chose que nous voulions lorsque j'étais sénateur était que la Chambre des communes nous dise quoi faire, et je suis certain que c'était la même chose dans l'autre enceinte. Il y a quelques comités mixtes, le restaurant parlementaire et quelques autres aspects que nous acceptons de partager, mais ils ne sont pas nombreux.

Je pense que ces questions devraient rester à la Chambre autant que possible. Même si la solution ou la réponse à une question donnée n'est peut-être pas la meilleure, il est plus facile de l'accepter si c'est la décision de l'institution et non pas celle d'une autre entité.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Bienvenue, sénateur Hays. Mon collègue, le sénateur Joyal, a effleuré la question de l'affaire *Michaud*, qui implique l'Assemblée nationale, avec la délicatesse d'un plaideur reconnu. Pour ma part, n'étant pas avocat, je vais y aller plus directement. Dans cette cause, dont vous avez certainement entendu parler, une motion unanime a été déposée à l'Assemblée nationale contre M. Michaud en raison de certains propos qu'il avait tenus à l'extérieur. Depuis ce temps, il y a environ une quinzaine d'années, il essaie d'avoir une plateforme pour expliquer la teneur de ses propos et la valeur qu'il leur donnait. L'Assemblée nationale a toujours refusé. M. Michaud, qui est avocat de profession, aurait pu faire appel aux tribunaux. Cependant, s'il a cru bon de ne pas le faire, c'est que ses chances d'avoir raison étaient minces.

Qu'en pensez-vous, monsieur Hays, en tant qu'avocat?

[*Traduction*]

M. Hays : Oui, et je ne connais pas très bien l'affaire *Michaud*, et c'est probablement pourquoi je vais répondre à cette question d'une façon différente que si je connaissais l'affaire.

Ce que vous dites, c'est que l'Assemblée nationale a pris une décision à laquelle M. Michaud s'oppose de manière objective — je présume que M. Michaud n'est pas membre de l'Assemblée nationale. C'est un citoyen, et il n'a aucun moyen de répondre à ce qu'il considère être des allégations injustes sur sa conduite ou un geste qu'il a posé. Je réponds à cette question de façon théorique, car je ne connais pas l'affaire *Michaud*.

Pendant que je réfléchis et que vous posez la question, si l'on suppose que l'Assemblée nationale n'a pas plus de recours pour ce type de grief que les structures provinciales que je connais, c'est une lacune; c'est quelque chose qui fait défaut.

Without knowing the details, I think legislative bodies should take note of that grievance and that it has a way of being dealt with by providing a means by which someone who has been dealt with by the legislative body — in this case the National Assembly — that is unanswerable or can't be raised as a matter, other than a matter to contest, agree with part of or whatever, other than going to the media. Once you do that, it's a guessing game as to how that will be dealt with, because the motivations behind *La Presse* or Radio-Canada are coloured by a desire to sell more newspapers or to have more people listening to your program. It's potentially not objective, and I don't think there is any vehicle in any province or at the federal level where you have that vehicle.

I may have misunderstood your question; I don't know. That's a long and perhaps unhelpful comment on what I hear you to say.

[*Translation*]

Senator Maltais: I think you have grasped the matter in its entirety. In seven years, a number of legislatures have come and gone, but the National Assembly has not budged.

However, according to the Westminster system and to a number of witnesses who have appeared before our committee, parliamentary privilege applies only within Parliament or its designated committees. Do you have that same perception, Senator Hays?

[*English*]

Mr. Hays: Yes. To extend it beyond what you've described would require a legislative initiative that I don't think has ever been undertaken. I haven't canvassed other jurisdictions, but I'm not aware of a legislative initiative to provide that remedy.

If I were a legislator at the moment, I would want to think very carefully before going forward with a way for an aggrieved individual to have extraordinary rights to answer what it is that is his or her grievance. I don't know what the vehicle would be, other than the ones that exist. If there's a defamation, there's a remedy. If clarification is required, it may not be a very good remedy, but you can enter the fray by going to the media and so on.

That's not very helpful. I'm sorry.

[*Translation*]

Senator Maltais: Thank you, Mr. Hays.

Sans connaître les détails, je pense que les organes législatifs devraient prendre acte du grief et devraient savoir qu'il y une façon de le régler en offrant un recours à la personne qui a déposé le grief à l'organe législatif — dans ce cas-ci, l'Assemblée nationale —, car on ne peut pas répondre au grief ou on ne peut pas le soulever, même si on l'approuve en partie. Or, le seul recours à la disposition de la personne est de contester la situation en la portant à l'attention des médias. Une fois que la personne s'adresse aux médias, c'est un jeu de devinettes pour déterminer comment la situation sera réglée, car les motivations de *La Presse* ou de Radio-Canada sont influencées par la volonté de vendre plus de journaux et d'avoir plus d'auditeurs. C'est potentiellement un processus qui n'est pas objectif, et je ne pense pas que cette filière existe dans les provinces ou au niveau fédéral.

J'ai peut-être mal compris votre question; je ne le sais pas. C'est une longue observation qui est peut-être inutile en réponse à vos remarques.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Je crois que vous avez bien cerné l'ensemble de la question. Depuis sept ans, plusieurs législatures se sont écoulées, mais l'Assemblée nationale n'a pas bougé.

Cela dit, selon le système de Westminster et plusieurs témoins qui ont comparu devant notre comité, le privilège parlementaire s'applique uniquement au sein du Parlement ou de ses comités désignés. Avez-vous cette même perception, sénateur Hays?

[*Traduction*]

M. Hays : Oui. Pour pousser la question au-delà de ce que vous avez décrit, il faudrait une initiative législative qui n'a pas été entreprise, selon moi. Je n'ai pas consulté d'autres instances, mais je ne suis au courant d'aucune initiative législative qui offre ce recours.

Si j'étais un législateur en ce moment, je réfléchirais très sérieusement avant d'aller de l'avant et de fournir un recours à la personne lésée et de lui donner des droits extraordinaires pour obtenir réponse à son grief. Je ne sais pas quelle serait cette filière, mises à part celles qui existent à l'heure actuelle. Dans les cas de diffamation, il y a un recours. Si des précisions sont requises, ce ne serait peut-être pas un très bon recours, mais vous pouvez entrer dans la mêlée en vous adressant aux médias, notamment.

Mes remarques ne sont pas très utiles. Je suis désolé.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Merci, monsieur Hays.

[*English*]

Senator Seidman: Welcome, Senator Hays.

In your presentation to us, you referred to Ms. Samson's article on privilege and the whole issue of the tension between the clarity of codification and, at the same time, the need to be flexible and leave room for evolution. I can see how that could be a challenge. When you write something down, you define it — as you say, it should be defined — and you lose a certain degree of flexibility.

You also put forward to us the principles, the reasons given by the U.K. joint committee, for a comprehensive parliamentary privileges act being required, and you support that, as you stated to us. Item 4 says, to maintain flexibility, principles should be stated with examples so as not to preclude future developments from being covered by the provisions of a parliamentary privileges act.

What I would really appreciate hearing from you is further development of that issue of the tension between the need to codify and the challenge of remaining flexible.

Mr. Hays: It's a hard task, and the comments I've made are an attempt to be definitive to a degree but not so definitive that you preclude something you didn't have in mind when you suggested the procedures that would be helpful to deal with what you do have in mind in terms of privilege issues.

I think I've sort of answered your question. When you attempt to codify to the degree you can or not — and I favour trying to shorten the time frame within which you can address such a grievance — codification helps that. I think you have to leave that open-ended because you cannot think of everything that might be relevant. So a generalization in terms of what it is that constitutes breach of privilege. I think you have to design it to leave that open for something that you just can't think of at the moment. I don't know if that helps you or not.

Senator Seidman: It does. If I look again at item 4 in that list, there's some offer of a way to deal with this so that the principles are stated with examples. Does that make sense to you?

Mr. Hays: Yes.

Senator Seidman: So it defines but it then leaves open other possibilities. Am I understanding that correctly?

Mr. Hays: You are. Yes.

Senator Seidman: Okay. Thank you.

[*Traduction*]

La sénatrice Seidman : Bienvenue, sénateur Hays.

Dans votre déclaration, vous avez fait référence à l'article de Mme Samson sur le privilège et sur toute la question de la tension entre la clarté de la codification et la nécessité de faire preuve de souplesse et de laisser place à l'évolution. Je peux voir comment ce peut être un défi. Lorsque vous mettez une mesure sur papier, vous la définissez — et comme vous le dites, elle devrait être définie —, et vous perdez un certain niveau de souplesse.

Vous nous avez également présenté les principes, les raisons fournies par le comité mixte du Royaume-Uni pour lesquelles une loi exhaustive sur les privilèges parlementaires est requise, ce que vous appuyez, comme vous nous l'avez fait savoir. Le point 4 prévoit que, pour conserver une certaine souplesse, les principes devraient être énoncés avec des exemples pour ne pas empêcher que des projets futurs soient couverts par les dispositions d'une loi sur les privilèges parlementaires.

Je vous serais très reconnaissante si vous pouviez nous en dire plus sur la question de la tension entre la nécessité de codifier et le défi de continuer à faire preuve de souplesse.

M. Hays : C'est une tâche difficile, et les observations que j'ai formulées sont une tentative d'être catégorique dans une certaine mesure, mais pas si catégorique que l'on empêche quelque chose auquel on n'avait pas pensé de se produire lorsqu'on a suggéré les procédures qui seraient utiles pour régler les questions de privilège.

Je pense avoir répondu à votre question en partie. Lorsque vous tentez de codifier — et je suis favorable à l'idée d'écourter le délai de traitement d'un grief —, la codification est utile. Je pense que vous devez laisser le processus ouvert, car il est impossible de penser à tous les cas pouvant être pertinents. La définition d'atteinte au privilège doit être généralisée. Je pense que vous devez élaborer le processus de manière à pouvoir inclure des situations auxquelles vous ne pouvez pas penser en ce moment. Je ne sais pas si ma réponse vous est utile ou non.

La sénatrice Seidman : Cela m'aide. Le point 4 de cette liste comporte en quelque sorte une offre de traiter cela de sorte que les principes s'accompagnent d'exemples. Est-ce que vous trouvez cela sensé?

M. Hays : Oui.

La sénatrice Seidman : Donc, il y a une définition, mais qui ouvre la porte à d'autres possibilités. Est-ce que je comprends bien?

M. Hays : Oui.

La sénatrice Seidman : D'accord. Merci.

Senator Gold: Senator Hays, I'd like to go back and try to pull together, and see if I understand correctly some comments the chair made and also Senator Joyal. This has to do with the role of the courts in relation to Parliament.

I think we understand what may have been understood as parliamentary supremacy now has to be understood as Parliament being subject to the Constitution. I think this is the point that Senator Joyal made. And that whereas parliamentary privilege originated at a time of great tension between the Crown and the emerging developing Parliament, things have changed dramatically and happily over the last centuries. So in a way, I think it's wrong to characterize privilege as a clash of adversaries between Parliament and the courts. Each has its role to play, and both Parliament and the courts have an obligation to respect the parameters of the Constitution. I think this was the thrust of Senator Joyal's point about reconciling the two poles of the Constitution.

That said, I want to make sure I understand the recommendation and see if you would agree. I think the idea is that Parliament should set up some internal rules that reflect fundamental principles of justice, due process and the like, to deal with cases where third parties, citizens believe that their Charter rights are aggrieved, internal rules that would structure how decisions within the Senate are made about whether or not parliamentary privilege has been breached, giving the aggrieved citizen his or her right to appear and to be heard.

And if those mechanisms were in place, would you agree it would still retain the ultimate decision to perhaps defer more regularly or defer appropriately to the Senate's decision that a parliamentary privilege was or was not breached? In other words, internal mechanisms that reflect Charter values to deal with third parties, if in place, might give the courts reason to defer to the decisions of Parliament, where under current circumstances, without such mechanisms, courts might properly believe their role is to make sure that Charter values are reflected and protected because nobody else is taking account of them.

Would you agree that's something worth pursuing?

Mr. Hays: As parliamentarians, you're posing the question; these are always things worth pursuing. But as I understand the issue that you raise, is this an issue I go to Parliament with or is this an issue I go to the courts with?

Senator Gold: I think that's right, but the image I have in mind is like administrative law, something analogous to administrative law. I don't want to put the Senate in the role of

Le sénateur Gold : Sénateur Hays, j'aimerais revenir en arrière et essayer de cerner — pour voir si je les comprends bien — certains des commentaires du président et du sénateur Joyal. C'est au sujet du rôle des tribunaux par rapport au Parlement.

Je crois que nous comprenons que ce qui a pu être compris comme étant la suprématie du Parlement doit maintenant être compris comme l'assujettissement du Parlement à la Constitution. Je pense que c'est ce que le sénateur Joyal a expliqué. Le privilège parlementaire tire ses origines d'une époque de grande tension entre la Couronne et le Parlement qui émergeait, mais les choses ont énormément changé, heureusement, au cours des derniers siècles. Donc, d'une certaine façon, je crois qu'on a tort de caractériser le privilège comme étant un conflit entre des adversaires — le Parlement et les tribunaux. Chacun a son rôle à jouer, et le Parlement et les tribunaux ont l'obligation de respecter les paramètres de la Constitution. Je pense que c'est essentiellement ce que le sénateur Joyal disait quand il parlait de concilier les deux pôles de la Constitution.

Cela étant dit, je veux m'assurer de bien comprendre la recommandation et voir si vous êtes d'accord. Je crois que l'idée est que le Parlement établisse des règles internes reflétant les principes fondamentaux de justice, d'application régulière de la loi, et ainsi de suite, pour traiter les cas où des tiers, des citoyens, s'estiment lésés dans leurs droits garantis par la Charte — des règles internes qui détermineraient la structure de la prise des décisions au Sénat à savoir s'il y a atteinte au privilège parlementaire, et qui donneraient au citoyen lésé le droit de comparaître et d'être entendu.

Si ces mécanismes étaient en place, diriez-vous que le Parlement pourrait toujours décider sans appel de laisser plus régulièrement ou convenablement au Sénat la décision à savoir s'il y a eu ou non violation d'un privilège parlementaire? Autrement dit, s'il y avait en place des mécanismes internes reflétant les valeurs de la Charte pour le traitement des tiers, cela pourrait donner aux tribunaux des raisons de laisser comme il se doit le Parlement décider, alors que dans les circonstances actuelles, sans de tels mécanismes, les tribunaux pourraient à raison croire que leur rôle est de veiller à ce que les valeurs de la Charte soient tenues en compte et protégées, étant donné que personne d'autre n'en tient compte.

Diriez-vous qu'il vaudrait la peine d'envisager cela?

M. Hays : En tant que parlementaires, vous posez la question; il y a toujours des choses qui valent la peine d'être envisagées. Cependant, d'après ma compréhension de ce que vous avez soulevé, est-ce une chose pour laquelle je dois m'adresser au Parlement, ou dois-je plutôt en saisir les tribunaux?

Le sénateur Gold : Je crois que c'est juste, mais l'image que j'ai en tête est un peu celle du droit administratif ou de quelque chose de semblable. Je ne veux pas attribuer au Sénat un rôle de

an independent tribunal, but legislation often provides that a citizen must first exhaust an available remedy.

We're not suggesting for a moment a privative clause such that they would be barred from going to court, but one first has to take advantage of remedies that are put in place which would be intra-Senate procedures, after which the court might decide whether or not fundamental justice was or was not respected, with all the intended jurisprudence that would accrue.

That would be a step forward, at least, for the Senate and Parliament to recognize that in the modern era, the issues, as Senator Joyal pointed out, are so often about third party rights and not the powers and privileges of parliamentarians under attack from the Crown.

Mr. Hays: What comes to mind is you have the courts, regulatory bodies and Parliament. And sometimes all three might be a legitimate objective or destination to go to, but more often than not, it will be obvious that this is a matter for the courts, this is a matter for labour relations or a regulatory body — courts, regulatory body or Parliament.

If you have an issue, you characterize it. Sometimes all three would be applicable, but for the most part, one of the three would be the wisest choice because you may find if you go to the wrong one, they're simply going to bounce it and you probably have to go to what is fairly obvious from the beginning: a parliamentary issue, a regulatory issue or a legal issue that the courts can resolve.

I don't know if there's any way to close the doors easily on the three options — there may be more I haven't thought of immediately — or whether you can close the door on one or the other if it's equally suitable for a matter that you're going to talk to your senator or member of Parliament about and hope you can get some initiative undertaken or whether you should go to the courts with an application and hire the professional advice you need. I'm not sure.

I like the fact that you have those choices and usually it's not a very difficult choice to make because it's obvious where you're going to go. But sometimes you might want to go directly to the decision-making body that's responsible for the law — i.e. Parliament — instead of trying to resolve your issue in the other way.

Talking about it in the abstract, however, is very difficult. Do you have a specific example?

Senator Gold: I think it would run across almost any example where the Senate has decided there's a prima facie case. Let's start with that procedure. The question is, then, how does the Senate decide? Does the Senate then create an opportunity, in its decision-making, for the legitimate Charter rights of third parties

tribunal indépendant, mais la loi prévoit souvent qu'un citoyen doit d'abord exercer le recours qui existe.

Nous ne préconisons pas du tout une clause restrictive qui les empêcherait de s'adresser aux tribunaux, mais il faut d'abord exercer les recours en place qui sont prévus dans les procédures du Sénat, après quoi le tribunal pourrait trancher la question de savoir si la justice fondamentale a été respectée ou non, avec toute la jurisprudence pertinente qui en découlerait.

Le Sénat et le Parlement montreraient au moins ainsi qu'ils reconnaissent que dans l'ère moderne, comme l'a souligné le sénateur Joyal, les enjeux sont souvent liés aux droits de tiers et non aux assauts de la Couronne contre les pouvoirs et privilèges des parlementaires.

M. Hays : Ce qui vient à l'esprit, c'est que vous avez les tribunaux, les organismes de réglementation et le Parlement. Il peut arriver que les trois soient des objectifs ou des destinations légitimes, mais la plupart du temps, on conclura sans doute que c'est une question qui relève des tribunaux, une question de relations de travail ou une question relevant d'un organisme de réglementation — tribunaux, organisme de réglementation ou Parlement.

Si vous avez un problème, vous le caractérisez. Parfois, les trois s'appliqueraient, mais la plupart du temps, l'un des trois est le meilleur choix, car si vous ne vous adressez pas au bon endroit, les gens vont simplement se lancer la balle et vous allez devoir aboutir à l'endroit qui était relativement évident au début : un enjeu parlementaire, un enjeu réglementaire ou un enjeu juridique que les tribunaux peuvent résoudre.

Je ne sais pas s'il y a une façon facile de bloquer les trois options — il y en a peut-être d'autres auxquelles je n'ai pas pensé sur le coup — ou d'en bloquer une ou une autre si elles sont également convenables pour un enjeu particulier dont vous allez parler à votre sénateur ou député dans l'espoir d'obtenir qu'une initiative soit lancée, ou dont vous allez saisir un tribunal en faisant une demande et en retenant les services professionnels qu'il vous faut. Je n'en suis pas sûr.

J'aime que vous ayez ces choix, et ce n'est habituellement pas un choix très difficile à faire, car on sait très bien où aller. Cependant, il peut arriver que vous vouliez vous adresser directement à l'organe décisionnel qui est responsable de la loi — c'est-à-dire le Parlement —, plutôt que d'essayer de résoudre le problème autrement.

Il est cependant très difficile d'en parler de façon abstraite. Avez-vous un exemple précis?

Le sénateur Gold : Je crois qu'on pourrait utiliser presque n'importe quel cas où le Sénat a déterminé que la question est fondée de prime abord. Commençons par cette procédure. La question est, donc, de savoir comment le Sénat tranche la question. Le Sénat crée-t-il une occasion, dans sa prise de

to be considered? If it does so, the argument is that that might, assuming the citizen is unhappy, as citizens often are with decisions that affect them, have an influence on how courts then deal with the issue if the citizen avails him or herself of his or her right to go to court and would, therefore, strike an appropriate balance between the autonomy of the Senate to regulate its own affairs, within the family, as you pointed out, and giving due weight to the Charter values that are increasingly implicated in these questions of privilege.

Mr. Hays: The courts, a regulatory body with jurisdiction, or a legislative body, or the federal Parliament. Which do you go to with your issue, your grievance, shall we say? Usually, I think it's fairly obvious whether this is a matter that would be proceeded in which of those three choices you have.

The most difficult one is if you want to get it before Parliament. How do you do that? It's less clear. For a regulatory body or the courts, the procedures are well-established. Getting Parliament's attention is much more difficult. Even if Parliament has jurisdiction to deal with it and they don't want to deal with it, you might as well forget it. You're stuck with the other remedies.

If Parliament refused to take a matter that there was no other remedy for, that would be surprising to me, and that would be a dereliction of parliamentary duty. I don't know whether or not that helps you. You didn't give a specific example because they are hard to think of, probably.

Senator Joyal: I want to pursue on that point, Senator Hays, because, as I say, the precedent of the Standing Committee on Conflict of Interest, in my opinion, gives us not a model necessarily, but at least something to reflect upon.

The Standing Committee on Conflict of Interest is, of course, a creation of the chamber, in the exercise of the privilege of discipline on its own members. It's essentially how the chamber exercises its disciplinary function, and, when a senator is the object of an allegation of a breach of the ethics or conflict of interest *Rules of the Senate*, there is, of course, as you know, an allegation that is sent to the SEO. There is a preliminary review of whether the case justifies an investigation. That decision is taken by the SEO. If the answer is yes, then the case passes or goes to a second step, which is the investigation, and then a third step, which is the report. The report by the SEO is tabled in the Senate, and sent to the Standing Committee on Conflict of Interest. It is for that committee to conduct the hearing, if the senator who is the object of the report so wishes, to review the report, hear that senator. That senator may be accompanied by a lawyer, and there is a procedure that takes place that respects the principle of due process.

décision, pour qu'il soit possible d'envisager les droits légitimes prévus par la Charte de tierces personnes? S'il le fait, l'argument est que cela pourrait, pour le citoyen qui est insatisfait comme c'est souvent le cas des citoyens concernant les décisions qui les touchent, avoir une influence sur la façon dont les tribunaux traitent la question, si ce citoyen exerce son droit d'aller en cour. Le tribunal établirait alors un juste équilibre entre l'autonomie du Sénat, pour ce qui est de régir la conduite de ses membres, au sein de la famille comme vous l'avez souligné, et l'importance à accorder aux valeurs de la Charte qui sont de plus en plus présentes dans les questions de privilège.

M. Hays : Les tribunaux, un organisme de réglementation ayant compétence ou un organe législatif, ou le Parlement fédéral. À qui vous adressez-vous pour faire entendre votre problème, votre plainte? Habituellement, je crois que, selon l'enjeu, le choix d'une de ces trois options est assez évident.

Le plus difficile, c'est si vous voulez que le Parlement en soit saisi. Comment faites-vous cela? C'est moins clair. Pour un organisme de réglementation ou un tribunal, les procédures sont bien établies. Obtenir l'attention du Parlement est bien plus difficile. Si le Parlement a compétence dans le dossier, mais qu'il ne veut pas s'en occuper, vous êtes aussi bien d'oublier cela. Vous êtes pris à choisir l'un des autres recours.

Si le Parlement refuse de se pencher sur une question pour laquelle il n'y a aucun autre recours, je trouverais cela surprenant, et cela correspondrait à un manquement au devoir du Parlement. Je ne sais pas si cela vous aide. Vous n'avez pas donné d'exemple précis, probablement parce que c'est difficile à imaginer.

Le sénateur Joyal : Je veux poursuivre dans cette veine, sénateur Hays, parce que comme je le dis, le précédent du Comité permanent sur les conflits d'intérêts ne nous donne pas nécessairement un modèle, d'après moi, mais il nous donne au moins matière à réflexion.

Le Comité permanent sur les conflits d'intérêts est, bien sûr, une création de la Chambre, dans l'exercice de son privilège de discipline sur ses propres membres. C'est essentiellement ainsi que la Chambre exerce sa fonction disciplinaire, et quand un sénateur fait l'objet d'une allégation d'infraction aux dispositions sur l'éthique et les conflits d'intérêts du *Règlement du Sénat*, l'allégation est transmise, comme vous le savez, au conseiller sénatorial en éthique, le CSE. Un examen préliminaire sert à déterminer si l'affaire justifie une enquête. C'est le CSE qui prend cette décision. S'il décide qu'une enquête est justifiée, le dossier passe à la deuxième étape — l'enquête —, puis à la troisième étape — le rapport. Le rapport du CSE est déposé au Sénat, puis envoyé au Comité sur les conflits d'intérêts. C'est à ce comité qu'il incombe de tenir des audiences, si le sénateur qui fait l'objet du rapport le souhaite, afin d'examiner le rapport et d'entendre le sénateur. Le sénateur en question peut se faire

Once the standing committee concludes the hearings, on the basis of the report and on the basis of the proof or the statement or the points raised by that senator, the committee deliberates and makes a report to the Senate. It's not the committee that decides, but the committee reports to the chamber. It is for the chamber to act upon the report of the standing Senate committee.

I'm not the witness this morning, but I have sat on that committee for the last 15 years and seen how it works, how the procedure works. I think it works fairly because it gives an opportunity to the senator who is the object of the report, a chance to be heard, to have his or her day in court, and to have the conviction that he or she is treated fairly because, otherwise, the Senate could act, essentially, on the basis of public opinion, public pressure and whatnot. We know how it has worked in the last years.

So my thinking is along those lines. In other words, if a third party like your fifth point, if a citizen is considered to have been defamed in Parliament, as happened with Mr. Yves Michaud and as happened, in the other place, in the case of Barbara George — I don't know if you remember that famous case of Barbara George. She was essentially defamed, as Mr. Michaud has been, but, since it happens in the course of parliamentary proceedings, it's totally out of reach for the court.

So how do we manage those citizens, those third parties, as they are with Mr. *Vaid* and the drivers of the Speaker, the *Chagnon* case, the aggrieved person who lost his job on the decision of the Speaker, and the *Singh* case, who were refused by Parliament because they are wearing their kirpan on the basis that they were threatening the security of Parliament. How do you address those cases for those citizens who are left wanting? Those cases are multiplying themselves in the last 12 years. Those are not, as we say, school cases. You imagine a case and think, "Okay, how would we react?" Those are real citizens. That happens to have happened in the last years.

So it seems to me that there is a way, in exercising our privilege of deliberative and legislative function, as we do when we exercise the privilege of discipline, to manage the system within our own responsibility to deal with those exercises of privilege in a way where we infringe upon the rights of third parties.

When I was in front of the court two months ago, I'm sure that the court really got the question of: How do you delineate the exercise of parliamentary privileges when the rights of a third party are at stake? This is the key issue, in my opinion, that we have to wrestle with, in a way where we will still keep our capacity, as a chamber, to continue to exercise our deliberative and legislative function, our freedom of thought, our freedom of

accompagner d'un avocat, et la procédure se déroule dans le respect du principe de l'application régulière de la loi.

Une fois les audiences terminées, le comité s'appuie sur le rapport et sur la preuve, l'énoncé ou les points soulevés par le sénateur en question pour discuter et présenter un rapport au Sénat. Ce n'est pas le comité qui tranche, mais il fait rapport au Sénat. C'est au Sénat d'agir en fonction du rapport du comité sénatorial permanent.

Je ne suis pas un témoin, ce matin, mais je siège au comité depuis 15 ans et j'ai vu sa façon de fonctionner et la façon dont la procédure fonctionne. J'estime que la procédure est juste parce qu'elle donne au sénateur qui fait l'objet du rapport l'occasion de se faire entendre et d'avoir la conviction d'être traité équitablement, car autrement, le Sénat pourrait essentiellement agir en fonction de l'opinion publique, céder à la pression publique et ainsi de suite. Nous savons comment cela a fonctionné ces dernières années.

C'est en quelque sorte ma façon de penser. Autrement dit, dans le cas d'un tiers comme dans votre cinquième point, si on estime qu'on a atteint à la réputation d'un citoyen au Parlement, comme cela s'est produit pour M. Yves Michaud et, à l'autre endroit, pour Barbara George... Je ne sais pas si vous vous souvenez de l'affaire célèbre de Barbara George. On a atteint à sa réputation, comme M. Michaud, mais étant donné que cela s'est produit au cours de délibérations parlementaires, c'est tout à fait hors de la portée des tribunaux.

Comment donc pouvons-nous gérer les citoyens, ces tiers qui sont lésés, comme M. Vaid et les chauffeurs du Président, la cause *Chagnon*, et qui ont perdu leur emploi par décision du Président, ainsi que, dans l'affaire *Singh*, celui qu'on a refusé parce qu'il portait son kirpan, sous prétexte qu'il représentait une menace pour la sécurité du Parlement? Comment traitez-vous les cas des citoyens qui sont laissés sur leur faim? Les cas de ce genre se sont multipliés au cours des 12 dernières années. Ce ne sont pas des cas qui font école, comme on le dit. Vous imaginez un cas et vous vous dites : « Comment réagirions-nous? » Ce sont de vrais citoyens. Et cela s'est produit, en fait, dans les dernières années.

Il me semble donc qu'il y a moyen, dans l'exercice de notre privilège associé à nos fonctions délibératives et législatives, comme nous le faisons dans l'exercice de notre privilège de discipline, de gérer le système en exerçant notre propre responsabilité de nous occuper des cas où quelqu'un a exercé ses privilèges en empiétant sur les droits de tiers.

Quand j'étais en cour, il y a deux mois, je suis sûr que la cour a compris la question à savoir comment baliser l'exercice des privilèges parlementaires quand les droits d'un tiers sont en jeu. C'est le principal enjeu auquel nous devons faire face, d'après moi, tout en conservant notre capacité, en tant que Chambre, d'exercer nos fonctions délibératives et législatives, notre liberté de pensée et notre liberté de parole, tout en tenant compte des

speech, in a way where we take into account the rights of a third party, as you recognize, yourself, in your paper. This is, to me, really one of the key issues we have to address.

I am not sure that, by codifying privileges, we will solve that issue per se because, as you stated quite clearly in your brief, codification cannot address everything. There will still be a margin of action in any codification of act of privilege. So that's, in my opinion, where we are wrestling to address what Senator Maltais has raised in the case of Mr. Michaud. I raise the case of Barbara George, almost at the same time as Mr. Michaud, in the other place, and the three other cases that I just referred to that are real. The courts are really wrestling, at this point in time, with this.

So, once we have the decision in the *Chagnon* case, we might get some principles in which the Supreme Court will delineate what we have to do as Parliament when the rights of a third party are at issue. But it's not for to us wait until the court orders us to do something. I think we, as a responsible chamber, have to address that point, in my opinion.

Mr. Hays: That's a difficult question to try to answer. In a way, we are mixing up the roles of the judiciary and the courts and the roles of the lawmakers, Parliament, Internal Economy and individuals like the Speaker, who have certain extraordinary powers because of the positions they hold.

It's not the right way to say it, but as things stand we muddle through. I mean, we find a way to make a decision using what is available.

If this is something that we feel — and by "we" I mean you and the people you represent — is not satisfactory the way it is, then we may need to create a means by which these kinds of grievances can be brought forward in a formal way and dealt with fairly by either independents like judges or by a representative group of the body which is involved, and I'm thinking of Parliament.

I don't think we have that now. Maybe you should give it some thought. I can't suggest a good solution off the top of my head. Maybe there should be an appropriate component of the Internal Economy-type structure in both houses that is dedicated to deal with a *Vaid* issue in a proper way, where you have the two sides and you have a way for them to be heard or put forward their grievance — or the reason their grievance has not been put forward — and have it decided by someone.

I don't think we have that. You might want to create it because it is quite possible the courts are not available to the aggrieved party in that situation. I can't remember *Vaid* well enough to use it as an example, but I think *Vaid* was aggrieved by a decision of

droits d'un tiers, comme vous le reconnaissez vous-même dans votre document. Pour moi, c'est vraiment l'un des principaux aspects à résoudre.

Je ne suis pas convaincu que codifier les privilèges nous permettra de résoudre ce problème en soi, car comme vous l'avez énoncé très clairement dans votre mémoire, la codification ne règle pas tout. Il restera une marge de manœuvre malgré l'adoption d'une loi sur le privilège. C'est donc sur ce point, d'après moi, que nous avons de la difficulté à répondre à ce que le sénateur Maltais a soulevé dans le cas de M. Michaud. Je parle du cas de Barbara George, presque en même temps que celui de M. Michaud, à l'autre endroit, ainsi que des trois autres cas que j'ai mentionnés et qui sont réels. Les tribunaux ont vraiment de la difficulté avec cela, en ce moment.

Donc, une fois que nous aurons la décision rendue dans l'affaire *Chagnon*, nous pourrions obtenir des principes dans lesquels la Cour suprême va délimiter ce que nous devons faire en tant que Parlement quand les droits d'un tiers sont en jeu. Toutefois, nous ne devons pas attendre que la cour nous ordonne de faire quelque chose. Je crois que, en tant que membres d'une Chambre responsable, nous devons résoudre cette question.

M. Hays : C'est une question à laquelle il est difficile de répondre. D'une façon, nous confondons les rôles de l'appareil judiciaire et des tribunaux et les rôles des législateurs, du Parlement, du Bureau de régie interne et des individus qui, comme le Président, possèdent à n'en pas douter des pouvoirs extraordinaires en raison des postes qu'ils occupent.

Ce n'est pas la bonne manière de le dire, mais en ce moment, nous nous débrouillons. Nous trouvons une façon de prendre une décision avec ce qui est à notre portée.

Si nous trouvons — j'entends par « nous » les gens que vous représentez et vous — que la situation actuelle est insatisfaisante, nous pourrions devoir créer un moyen permettant aux gens de présenter les griefs de ce genre de façon officielle et garantissant qu'ils seront traités équitablement par des entités indépendantes, comme des juges, ou par un groupe représentatif de l'organisme qui est en cause, en l'occurrence le Parlement.

Je ne crois pas que nous ayons cela en ce moment. Vous devriez peut-être y penser. Je n'ai pas de bonne solution en tête à vous suggérer. Il faudrait peut-être une entité pertinente dont la structure serait semblable à celle du Bureau de régie interne dans les deux Chambres, et dont la responsabilité exclusive serait de s'occuper convenablement de cas comme celui de *Vaid*, en permettant aux deux côtés de se faire entendre ou de présenter leur grief — ou la raison pour laquelle leur grief n'a pas été présenté —, puis en obtenant que quelqu'un tranche la question.

Je ne crois pas que nous ayons cela. Il serait bon que vous établissiez cela, car il est fort possible que la partie lésée n'ait pas accès aux tribunaux en pareille situation. Je ne peux pas me souvenir assez bien de l'affaire *Vaid* pour l'utiliser comme

the Speaker of the House of Commons; a driver or something. Was this for the courts or was this for Parliament? I don't think he had a clear path to address his grievance. That may take a bit of work to provide that. It might be worth doing.

[*Translation*]

Senator Maltais: Senator Hays, there has been a lot of talk about people who could be hurt by parliamentary privilege. But there is another side to that. As Speaker of the Senate, you had to make decisions based on the information you had to support them. But, in parliaments derived from the British system, members or senators do not challenge a Speaker's decision in any way. It is not a good or healthy habit. I feel that, once a Speaker has made a decision, everyone must accept it. That does not mean that all parliamentarians agree with that decision, but the rule is one of "submission."

Basically, parliamentarians are not as well protected as one might think, if we compare their situation with that of someone outside the Parliament who has suffered as the result of the same decision. Do you see any similarity between the two?

[*English*]

Mr. Hays: As I listen to your question, I want to go back on a decision of the Speaker being contested. My recollection is that if you disagree with the Speaker, there is a way of bringing that before the whole chamber for a vote. So the Speaker's decision is subject to review by the chamber if the proper steps are taken and procedures followed that say, "Mr. Speaker made a mistake," or "I don't agree," or "This is wrong because . . . ."

So that is a solution to the problem. It's an awkward one, but I can't think of anything else that would suffice other than the whole chamber becoming involved in something the Speaker has done that enough senators are in disagreement with to get a matter on the floor of the chamber. How do you resolve that disagreement one way or the other in favour of what the Speaker did or did not do? As for the senators who are unhappy with the state of affairs, there has to be a way of solving that problem. It is solved by the whole chamber.

[*Translation*]

Senator Maltais: I understand your explanation very well, and you are right. Except that starting a challenge procedure, as you indicate, is possibly a vote of censure against the Speaker. In the British system, Speakers must enjoy the confidence of a

exemple, mais je pense que M. Vaid a été lésé par une décision du Président de la Chambre des communes; c'était un chauffeur, je crois. Qui devait être saisi de ce dossier? Les tribunaux ou le Parlement? Je ne pense pas que le cheminement était clair, pour le traitement de ce grief. Il faudra sans doute un peu de travail pour fournir cela, mais il en vaudrait probablement la peine de le faire.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Sénateur Hays, on a beaucoup parlé des personnes qui pouvaient être lésées par le privilège parlementaire. Mais il y a une autre version aussi. À titre de Président du Sénat, vous avez dû rendre des décisions selon les renseignements dont vous disposiez pour les étoffer, mais les parlements issus du système britannique veulent que dans une Chambre, un député ou un sénateur ne conteste d'aucune façon la décision du Président. Ce n'est pas une bonne et saine habitude. Je crois que, lorsque le Président a rendu sa décision, tout le monde doit l'accepter. Cependant, cela ne veut pas dire que tous les parlementaires sont d'accord avec cette décision. Mais la règle est une règle de « soumission ».

Somme toute, le parlementaire n'est pas aussi bien protégé qu'on pourrait le croire, si on compare la situation avec celle d'une personne extérieure au Parlement, qui a souffert d'une même décision. Voyez-vous une certaine similitude entre les deux?

[*Traduction*]

M. Hays : Votre question m'incite à revenir sur la contestation d'une décision du Président. D'après mes souvenirs, si vous n'êtes pas d'accord avec le Président, il est possible de demander un vote de l'ensemble de la Chambre. La décision du Président peut donc être soumise à l'examen de la Chambre, si les bonnes mesures sont prises et si les procédures sont suivies pour dire : « Le Président a commis une erreur », ou « Je ne suis pas d'accord », ou « Ce n'est pas bien parce que… ».

C'est donc une solution au problème. C'est laborieux, mais je ne vois rien d'autre qui suffirait, outre l'intervention de la Chambre entière après que le Président ait fait une chose avec laquelle assez de sénateurs ne sont pas d'accord pour que la question soit soumise à la Chambre. Comment résoudre un désaccord dans un sens ou dans l'autre, concernant une chose que le Président a faite ou n'a pas faite? Quant aux sénateurs qui ne sont pas satisfaits de l'état des choses, il faut qu'il y ait une façon de résoudre le problème. Est-ce que c'est la Chambre en entier qui doit résoudre le problème?

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Je saisis très bien votre explication et vous avez raison. Sauf que le fait d'entamer une procédure de contestation, comme vous l'indiquez, est possiblement un vote de censure envers la présidence. Dans le système britannique, le

majority of members of the chamber, otherwise, their situation becomes untenable. Few parliamentarians are going to risk challenging a decision by the Speaker. You know from experience, as do I, having sat in two Parliaments, very few parliamentarians are going to run that risk because it involves very difficult procedures and even renders the Parliament temporarily non-functional.

So the British stiff upper lip means that a Speaker's decision is never challenged —

Mr. Hays: Or very rarely.

Senator Maltais: — or very rarely. I totally agree with that position. But if the only way in which parliamentarians can express disagreement is to challenge the Speaker, they are caught with no way out.

[*English*]

Mr. Hays: So our tradition, our practice, is that the Prime Minister appoints the Speaker, but the rules do provide for the election of a Speaker and that form of election is usually gone through.

I have often thought about that question: What if the Senate didn't like the Prime Minister's choice of Speaker? I think if the Senate doesn't like the Prime Minister's choice of Speaker they should elect their own Speaker and say, "No, we don't accept you." I think the rules are there to ignore the long-standing tradition of the Prime Minister deciding who the Speaker of one of the two houses of Parliament will be.

I don't think it's ever been contested, but I think it could be. I think if it was, I think the legislative body would win that fight. That's my guess.

Senator Joyal: Can you repeat that?

The Chair: If I could comment on some of the comments and questions from my colleague, Senator Maltais, I think it's important to keep in mind that in the elected houses in Westminster parliamentary systems across our country, you cannot challenge a Speaker's ruling.

Of course, with the Senate being a hybrid of the Westminster model we have that unique authority where, on rare occasions, Speaker's rulings have been challenged. That also speaks to the fact that our body has been created to be such a rigid spokesperson for minority voices, probably more so than any other parliamentary body.

To your comment about the chamber challenging a prime minister's choice for Speaker, many obviously share that view. I also have a view that it's very difficult for an appointed body to

Président doit jouir de la confiance de la majorité des membres de la Chambre, sinon cela devient intenable pour lui. Peu de parlementaires se risquent à contester une décision de la présidence. Vous le savez par expérience, tout comme moi qui ai siégé dans deux parlements; très peu de parlementaires vont courir ce risque, parce que cela peut entraîner des procédures très difficiles et même rendre le Parlement temporairement inefficace.

Donc, le flegme britannique veut que l'on ne conteste jamais une décision de la présidence...

M. Hays : Ou très rarement.

Le sénateur Maltais : ... ou très rarement, et je suis entièrement d'accord avec cette position. Mais si la seule façon d'exprimer son désaccord, pour un parlementaire, est de contester la décision de la présidence, il est pris dans un cul-de-sac.

[*Traduction*]

M. Hays : La tradition, l'usage veulent donc que le premier ministre nomme le Président, mais les règles prévoient l'élection à la présidence, et cette forme d'élection est généralement respectée.

Je me suis souvent posé cette question : qu'arriverait-il si le Sénat n'approuvait pas le choix du premier ministre à la présidence? Je pense que le cas échéant, le Sénat devrait élire son propre président et dire : « Non, nous n'accepterons pas votre nomination. » Je pense que les règles nous permettraient de ne pas suivre la tradition de longue date selon laquelle c'est le premier ministre qui décide qui occupera la présidence dans l'une des deux Chambres du Parlement.

Je pense que cette décision n'a jamais été contestée, mais qu'elle pourrait l'être. Le cas échéant, je pense que l'organe législatif gagnerait la bataille. C'est ce que je crois.

Le sénateur Joyal : Pouvez-vous répéter cela?

Le président : Si je peux réagir brièvement aux observations et aux questions de mon collègue, le sénateur Maltais, je pense qu'il ne faut pas oublier que, dans les Chambres élues selon le modèle de parlement de Westminster, dans notre pays, on ne peut contester la décision de la présidence.

Bien sûr, comme le Sénat est un hybride du modèle de Westminster, nous jouissons ici d'un pouvoir unique, et il peut arriver, en de rares occasions, que les décisions du Président soient contestées. Cela témoigne aussi du fait que notre Chambre, plus que tout autre organe parlementaire, a été créée pour défendre de façon inébranlable les voix minoritaires.

Concernant le fait que le Sénat pourrait contester le choix du premier ministre à la présidence, il y a évidemment beaucoup de personnes qui partagent ce point de vue. Je crois qu'il serait très

be engaging in an elected process to elect a Speaker of the chamber.

Furthermore, given the unique role that the Speaker has in diplomatic areas and presentation on behalf of the Crown or the government on a diplomacy front, as you know full well, Senator Hays, being fourth in line in terms of parliamentary protocol, it creates a touchy situation where you can quite conceivably have a democratically elected prime minister being represented on the international front by a Speaker of the Senate who doesn't share that government's foreign policy view. I was wondering how you would coalesce those two diametrically challenged positions.

Mr. Hays: I don't think they are easily reconciled. I will add that I am from Alberta where we have a form of election that we have gone through or we go through to indicate who we Albertans think — if you want to pay service to the procedures they provided — should represent the province in the upper house. Most of the Alberta senators now, I think, are in fact ones who have gone through a form of election. It's a bit messy and not something that has caught on in other provinces and probably won't because I think the Senate acquits itself with distinction and wisdom and does a good enough job that we really like it the way it is. But, I say that as an Albertan, which is the exception to the rule. I don't know whether or not that helps you.

I think at some point we will have to deal with the issue as a country, but it will probably be a first minister's issue that triggers that consideration. I do not see that happening anytime soon.

The Chair: Senator Joyal, you will have the final word.

Senator Joyal: I would never dare to have the final word. I respect freedom of speech too much for that.

Senator Hays, are you aware of the recommendation that the Modernization Committee made in relation to the appointment of the Speaker that we made in this session?

Mr. Hays: Could you remind me?

Senator Joyal: Yes. Essentially, it is that the Senate would conduct, before the appointment of the Speaker — that is, when there is a new Parliament — an election within its ranks to determine three or five candidates that would be submitted to the Prime Minister. In other words, the Prime Minister will still retain the discretionary power to recommend to the Governor General a candidate, as he or she does in relation to Senate appointments, but he would be invited to select from within a pool of names of senators who would have received some support from the chamber.

difficile pour une assemblée composée de membres nommés d'enclencher des élections pour élire le Président de la Chambre.

De plus, compte tenu du rôle unique que joue le Président en matière diplomatique et du fait qu'il représente la Couronne ou le gouvernement dans le monde diplomatique, comme vous le savez très bien, sénateur Hays, qu'il est le quatrième en lice selon le protocole parlementaire, cela créé une situation assez délicate, puisqu'on pourrait concevoir qu'un premier ministre démocratiquement élu soit représenté sur la scène internationale par un Président du Sénat qui ne partagerait pas la position du gouvernement en affaires étrangères. Je me demande comment on pourrait concilier ces deux positions diamétralement opposées.

M. Hays : Je ne crois pas que ce soit facilement conciliable. J'ajouterais qu'en Alberta, d'où je viens, il y a une forme d'élection pour déterminer qui devrait représenter la province à la Chambre haute, selon nous, les Albertains, si l'on suit la procédure. Je pense que la plupart des sénateurs de l'Alberta, aujourd'hui, ont été choisis après une forme d'élection. C'est un peu chaotique, et la formule n'a pas été reprise par les autres provinces. Elle ne le sera probablement pas, d'ailleurs, parce que je pense que le Sénat s'acquitte avec distinction et sagesse de cette tâche et qu'il fait un assez bon travail pour que nous soyons satisfaits du fonctionnement actuel. Je le dis à titre d'Albertain, mais c'est l'exception à la règle. Je ne sais pas si cela vous aide.

Je pense qu'éventuellement, nous devrons nous pencher sur cette question, collectivement, mais que ce sera probablement un problème touchant le premier ministre qui justifiera cet examen. Je pense que nous sommes encore bien loin de là.

Le président : Sénateur Joyal, vous aurez le dernier mot.

Le sénateur Joyal : Je n'oserais jamais avoir le dernier mot. Je respecte bien trop la liberté d'expression pour cela.

Sénateur Hays, êtes-vous au courant de la recommandation que le Comité sur la modernisation a faite cette session-ci relativement à la nomination du Président?

M. Hays : Pouvez-vous me la rappeler?

Le sénateur Joyal : Oui. Essentiellement, c'est qu'avant la nomination à la présidence, quand il y a une nouvelle législature, le Sénat tienne des élections internes pour déterminer quelles trois ou cinq candidatures seront soumises au premier ministre. Autrement dit, le premier ministre conserverait le pouvoir discrétionnaire de recommander un candidat au gouverneur général, comme il le fait pour les nominations au Sénat en général, mais il serait invité à choisir une personne parmi le bassin de candidats qui ont reçu l'appui de leurs collègues au Sénat.

It seems to me that we would have there a medium term that would respect the letter of the Constitution because it's a privilege of the Crown to appoint the Senate Speaker, but, on the other hand, nothing in the Constitution prevents the capacity of the chamber to identify among itself who they would consider being an appropriate name for the Prime Minister to consider.

Mr. Hays: The question really is: What would a prime minister do in the face of a Senate that — let's put it in a more stark way — had elected a Speaker, as the House of Commons does, and then said to the Prime Minister, "There is no constitutional authority other than the long-standing precedent of always respecting the Prime Minister's decision on who should be the presiding officer of the Senate."

Legally, I think the Senate would prevail. The Senate's never tested that. But if it did, would the Prime Minister win that or would the senators, who had a different choice for their Speaker, win that? It could well go to the court. If it did, I think the Senate would win. That's not perhaps an answer to your question. It's just speculation on my part.

Senator Joyal: Yes, of course. But if it is the will of the chamber to express itself in identifying three or five senators — and I would expect that in such a case there would be senators from different groups proposed to the Prime Minister — then we protect the privilege of the Crown to select whoever the Crown feels appropriate to be represented by.

On the other hand, the will of the chamber will also have an opportunity to express itself; that is, to express the trust of the chamber in a certain number of names of persons. It seems to me that that would be a fair compromise to protect the exercise of the power of the Crown, and, on the other hand, to allow the independence principle in the chamber to also be taken into consideration.

We would be more or less in the same situation as before, between the two parts of the Constitution. There are two wills there. There is the will of the Prime Minister; then there is the will of the chamber. How do we find a common ground between the two to be reconciled in the exercise of the power of appointment of the Crown, which takes into account the will of the chamber?

Mr. Hays: That's a good way of the Senate having a role of who is the Senate Speaker, namely, narrowing it down to five as opposed to saying, "We have actually had an election and we want so-and-so to be the Speaker, Mr. Prime Minister," and challenging the Prime Minister, by saying, "I dare you not to appoint who the Senate, by vote, wants as their Speaker," which is comparable to what the House of Commons did. I think if the Senate did that, which is a more extreme example than yours, that would put the cat among the pigeons. I think the Prime

Il me semble qu'il pourrait y avoir un terrain d'entente entre les deux qui respecteraient la lettre de la Constitution, parce que c'est un privilège de la Couronne que de nommer le Président du Sénat, mais que, en revanche, rien dans la Constitution n'empêche les sénateurs de désigner parmi eux les candidats qu'ils jugeraient compétents et d'en soumettre la liste au premier ministre.

M. Hays : La véritable question est la suivante : que ferait un premier ministre devant un Sénat qui aurait élu son Président, comme la Chambre des communes, et durcirait le ton en disant au premier ministre : « Vous n'avez pas de pouvoir constitutionnel, ce n'est qu'un précédent de longue date que de toujours respecter la décision du premier ministre quant à la personne qui assumera la présidence du Sénat. »

D'un point de vue juridique, je pense que c'est le Sénat qui aurait gain de cause. Le Sénat ne l'a jamais vérifié, mais s'il le faisait, est-ce le premier ministre qui gagnerait la partie, ou serait-ce les sénateurs qui ont décidé de choisir une différente personne à la présidence? Ce pourrait bien être à la cour de trancher. Le cas échéant, je pense que c'est le Sénat qui gagnerait. Cela ne répond peut-être pas à votre question. Ce n'est que spéculation de ma part.

Le sénateur Joyal : Oui, bien sûr, mais si la Chambre décidait de s'exprimer en présélectionnant trois ou cinq sénateurs — je m'attendrais alors à ce qu'elle propose des sénateurs de différents groupes au premier ministre —, nous nous trouverions à protéger le privilège de la Couronne de sélectionner le candidat le mieux placé pour représenter le gouvernement.

Par contre, les sénateurs pourraient également exprimer leur volonté en désignant un certain nombre de personnes en qui ils placent leur confiance. Je crois que ce serait un bon compromis pour protéger l'exercice du pouvoir de la Couronne tout laissant une certaine indépendance à la Chambre.

Nous nous retrouverions à peu près dans la même situation qu'avant, entre les deux parties à la Constitution. Il y a deux parties habilitées à exprimer leur volonté. Il y a la volonté du premier ministre, puis il y a celle du Sénat. Comment pouvons-nous trouver un terrain d'entente entre les deux afin de préserver l'exercice du pouvoir de nomination de la Couronne tout en tenant compte de la volonté du Sénat?

M. Hays : Ce serait une bonne solution pour que le Sénat joue un rôle dans la nomination du Président du Sénat. Il limiterait la liste des candidats à cinq plutôt que de se borner à dire : « Nous avons tenu une élection et nous voulons que telle ou telle personne soit nommée Présidente, monsieur le premier ministre. » Cela éviterait que le Sénat ne conteste le premier ministre et le mette au défi de ne pas nommer à la présidence la personne que le Sénat a lui-même choisie par vote, un peu comme la Chambre des communes le fait. Je pense que si le

Minister would have a hard time sticking to the tradition going back to 1867 in the face of a Senate that said, "We don't want an appointed Speaker. We want an elected Speaker."

I will add — and I say this as a former Speaker — Prime Ministers have always chosen very well.

Senator Joyal: Of course.

The Chair: I would agree with that sentiment.

Senator Joyal: I support that whole-heartedly.

Mr. Hays: That being the case, it's working quite well.

Senator Joyal: You know my sentiments about the Hays family, senator.

Mr. Hays: I know. You and my father had one of the biggest jobs of any parliamentary committee in our history.

Senator Joyal: I remind him promptly.

Mr. Hays: Thank you.

The Chair: This current prime minister is quite safe because there isn't a big propensity on the part of senators to challenge his decisions these days.

On behalf of this committee, I would like to thank Senator Hays for coming before us and sharing his views with us. It is very appreciated.

Colleagues, the next meeting will be May 22. We will have as our witness former Supreme Court Justice Ian Binnie with us.

Mr. Hays: Thank you chairman and former colleagues.

(The committee adjourned.)

Sénat agissait ainsi, dans un exemple un peu plus extrême que le vôtre, ce serait comme de laisser entrer le loup dans la bergerie. Je pense que le premier ministre aurait bien du mal à s'en tenir à une tradition qui remonte à 1867 face à un Sénat qui lui dit : « Nous ne voulons pas d'un Président nommé. Nous voulons un Président élu. »

Cela dit, et je l'affirme en tant qu'ancien Président, les premiers ministres ont toujours fait d'excellents choix.

Le sénateur Joyal : Bien sûr.

Le président : Je suis tout à fait d'accord avec vous.

Le sénateur Joyal : Je suis tout à fait d'accord aussi.

M. Hays : Cela dit, ce système fonctionne bien.

Le sénateur Joyal : Vous connaissez mes sentiments à l'égard de la famille Hays, sénateur.

M. Hays : Oui. Mon père et vous avez assumé l'une des plus grandes tâches d'un comité parlementaire dans l'histoire.

Le sénateur Joyal : Je me souviens très bien de lui.

M. Hays : Merci.

Le président : Le premier ministre actuel peut dormir sur ses deux oreilles, puisqu'il ne semble pas y avoir de grande propension de la part des sénateurs à contester ses décisions par les temps qui courent.

Au nom du comité, je souhaite remercier le sénateur Hays d'être venu nous faire part de ses points de vue. C'est très apprécié.

Chers collègues notre prochaine séance aura lieu le 22 mai. Nous recevrons, à titre de témoin, l'ancien juge de la Cour suprême Ian Binnie.

M. Hays : Je vous remercie, monsieur le président, et je remercie mes anciens collègues.

(La séance est levée.)

EVIDENCE

OTTAWA, Tuesday, May 22, 2018

The Standing Committee on Rules, Procedures and the Rights of Parliament met this day at 9:36 a.m., pursuant to rule 12-7(2)(c), for the consideration of the orders and practices of the Senate and the privileges of Parliament.

Senator Serge Joyal (*Deputy Chair*) in the chair.

[*English*]

The Deputy Chair: Honourable senators, it's my pleasure to welcome you to this meeting of the Standing Committee on Rules, Procedure and the Rights of Parliament. I would ask honourable senators to introduce themselves so our guest this morning will be familiar with each and every one of you.

Senator Greene: Stephen Greene from Nova Scotia.

Senator Marwah: Sabi Marwah from Ontario.

Senator Gold: Marc Gold from Quebec.

[*Translation*]

Senator Ringuette: Pierrette Ringuette from New Brunswick.

[*English*]

Senator Woo: Yuen Pau Woo from British Columbia.

Senator Wells: David Wells from Newfoundland and Labrador.

Senator Maltais: Senator Maltais from Quebec City.

Senator Seidman: Judith Seidman from Montreal, Quebec.

The Deputy Chair: Thank you senators.

In June 2015, in the last session of Parliament, this committee tabled a report entitled *A Matter of Privilege: A Discussion Paper on Canadian Parliamentary Privilege in the 21st Century*. Our committee has agreed to continue this good work, and this is our fourth meeting on the study this session.

Parliamentary privilege — I'm sure that the Honourable Ian Binnie will know about it — is an essential component of parliamentary democracy. It exists to enable Parliament to function effectively and efficiently without undue impediment.

TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le mardi 22 mai 2018

Le Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement se réunit aujourd'hui, à 9 h 36, conformément à l'article 12-7(2)c) du Règlement, pour étudier des ordres et pratiques du Sénat et les privilèges parlementaires.

Le sénateur Serge Joyal (*vice-président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

Le vice-président : Honorables sénateurs, je suis heureux de vous accueillir à cette réunion du Comité permanent du Règlement, de la procédure et des droits du Parlement. Je demanderais aux honorables sénateurs de se présenter, afin que notre invité vous reconnaisse.

Le sénateur Greene : Stephen Greene, de la Nouvelle-Écosse.

Le sénateur Marwah : Sabi Marwah, de l'Ontario.

Le sénateur Gold : Marc Gold, du Québec.

[*Français*]

La sénatrice Ringuette : Pierrette Ringuette, du Nouveau-Brunswick.

[*Traduction*]

Le sénateur Woo : Yuen Pau Woo, de la Colombie-Britannique.

Le sénateur Wells : David Wells, de Terre-Neuve-et-Labrador.

Le sénateur Maltais : Sénateur Maltais, de la ville de Québec.

La sénatrice Seidman : Judith Seidman, de Montréal, au Québec.

Le vice-président : Merci, sénateurs.

En juin 2015, lors de la dernière session parlementaire, notre comité a déposé un rapport intitulé *Une question de privilège : Document de travail sur le privilège parlementaire au Canada au XXIe siècle*. Notre comité a convenu de poursuivre cet excellent travail et ceci constitue notre quatrième réunion de cette session.

Le privilège parlementaire — et je suis sûr que l'honorable Ian Binnie connaît bien le sujet — est un élément essentiel de la démocratie parlementaire, et son existence permet au Parlement de fonctionner avec efficacité et efficience, sans entraves indues.

Today, it is my great pleasure to welcome our witness, the Honourable Ian Binnie. I will introduce him with some short biographical notes to share his wonderful professional experience with colleagues around the table.

Born in Montreal, Ian Binnie received a BA from McGill University and LL.B and LL.M from Cambridge University. He holds honourary doctorates of law from the Law Society of Upper Canada and McGill University. In 1990, he acted as special parliamentary counsel to the joint committee of the Senate and the House of Commons on the Meech Lake Accord. This doesn't make you old; it makes you experienced, Mr. Binnie.

He was appointed to the Supreme Court of Canada in January 1998 and retired in October 2011. During his time on the country's top court, he authored more than 170 opinions, including landmark cases involving corporate and commercial disputes, Aboriginal rights, copyright, media law, expert evidence and many other aspects of constitutional, criminal and administrative law.

Former Justice Binnie serves as special arbitrator for the Senate as part of its dispute resolution process following the Auditor General's report.

Thank you so much, Mr. Binnie, for accepting our invitation. I will ask you now to make your opening remarks. After that, we will have an exchange around the table. The floor is yours, Mr. Binnie.

[*Translation*]

Hon. Ian Binnie: Thank you for inviting me to appear before your committee. I will make short comments in English and then try will to answer your questions in French. After spending five years in Toronto, I'm not doing as well in French as I used to.

[*English*]

I do not appear as an expert in privilege. Others who have appeared and who will appear and those around the table have more direct experience.

Where I do have experience is in the interface or interaction between the courts and Parliament. In particular, on issues of parliamentary privilege, I acted for the Senate of Canada in the *New Brunswick and Donahoe* case, which had to do with whether the CBC could force the House of Assembly of Nova Scotia to accept cameras in the balcony. Also, there was an attempt by the Auditor General to audit the Senate accounts at some point in the 1990s, and I acted for the Senate in resisting

Aujourd'hui, je suis très heureux d'accueillir notre témoin, l'honorable Ian Binnie. Je vais le présenter à l'aide d'une courte biographie, afin de communiquer sa grande expérience professionnelle à mes collègues présents.

Né à Montréal, Ian Binnie détient un B.A. de l'Université McGill, ainsi qu'un baccalauréat en droit et une maîtrise en droit de l'Université de Cambridge. Il a également reçu des doctorats honorifiques en droit du Barreau du Haut-Canada et de l'Université McGill. En 1990, il a agi comme conseiller parlementaire spécial du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes chargé d'examiner l'accord du lac Meech. Cela ne signifie pas que vous êtes vieux, monsieur Binnie, mais seulement que vous avez beaucoup d'expérience.

Il a été nommé juge à la Cour suprême du Canada en janvier 1998 et a pris sa retraite en octobre 2011. Pendant qu'il siégeait au plus haut tribunal du pays, il a rédigé plus de 170 décisions, notamment dans des affaires ayant fait jurisprudence en matière de différends touchant les sociétés et les activités commerciales, de droits autochtones, de droit d'auteur, de droit en matière de médias, de preuve d'experts et à l'égard de plusieurs aspects du droit constitutionnel, criminel et administratif.

L'ancien juge Binnie est également arbitre spécial auprès du Sénat dans le cadre de son processus de règlement des différends à la suite du rapport du vérificateur général.

Merci beaucoup, monsieur Binnie, d'avoir accepté notre invitation. Je vous invite à livrer votre exposé. Ensuite, nous aurons une discussion. Vous avez la parole, monsieur Binnie.

[*Français*]

L'honorable Ian Binnie : Merci de m'avoir invité à comparaître devant votre comité. Je ferai de courts commentaires en anglais, puis j'essaierai de répondre à vos questions en français. Après avoir passé cinq ans à Toronto, je ne me débrouille pas aussi bien qu'avant en français.

[*Traduction*]

Je ne comparais pas à titre d'expert en matière de privilège parlementaire. D'autres témoins qui ont comparu et qui comparaîtront devant vous et les gens autour de cette table ont une plus grande expérience directe du sujet.

Mon expérience réside plutôt dans l'interface ou l'interaction entre les tribunaux et le Parlement. Plus précisément, en ce qui concerne le privilège parlementaire, j'ai représenté le Sénat du Canada dans l'affaire *Nouveau-Brunswick et Donahoe*, dans laquelle on tentait de déterminer si la CBC pouvait obliger l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse à accepter les caméras dans la tribune du public. De plus, dans les années 1990, le vérificateur général a tenté de vérifier les comptes du Sénat, et

that particular initiative. So I have had a number of occasions dealing in the courts with matters of Senate privilege.

For this morning, I have certainly read the report of the Senate *A Matter of Privilege*, together with the testimony of Richard Gordon and Dan Hays.

I will make a couple of comments first on Richard Gordon's presentation because he was speaking in an entirely different constitutional framework. The issue in Canada has never been Parliament versus the sovereign, but it has always been a very practical question of Parliament and the courts, the courts in at least two senses, one being that it would make parliamentary life impossible if the courts were to micromanage what goes on in the Senate or the House of Commons.

An example given in *Vaid* is if someone feels they have not been adequately recognized by the Speaker in posing questions, they could run to the courts and say, "Well, this has to do with discrimination on the basis of gender or whatever." What one must always keep in mind in dealing with the courts is that it's very easy to start a court case, and it takes a long time and is complicated. In the meantime, you may well find the proceedings in Parliament suspended, which is very much against the public interest. That is essentially why the Constitution recognizes a high level of autonomy in both houses of Parliament.

The second reason, of course, is expertise. You know a lot more about how a legislative branch works than the judges do. What judges deal with on an everyday basis has nothing to do with the propriety of the legislative function.

Mr. Gordon said, "Well, perhaps there could be some kind of consultation between the judges and the parliamentarians." In our system, that simply wouldn't work. One must understand that although the courts have the last word, the only reason they have the last word is that's their job description under the Constitution. Somebody has to have the last word, and it has been assigned to the courts. It could have been assigned elsewhere. So the courts have to work independently of the parties.

If, for example, had the chauffeur in the *Vaid* case brought a complaint and then the Senate had said, "Well, we've had this private discussion with the judges of the Supreme Court and we all agreed, Mr. Vaid, that actually parliamentary privilege covers your case," Mr. Vaid would rightly say, "Well, where is the independence of the judiciary? I wasn't present at those discussions, so I had no input." It would be impossible, I think, for the judges to lend themselves to some kind of informal process.

j'ai représenté le Sénat, qui était contre cette initiative. J'ai donc eu plusieurs occasions de traiter avec les tribunaux sur des questions liées au privilège du Sénat.

Ce matin, j'ai certainement lu le rapport du Sénat intitulé *Une question de privilège*, en plus des témoignages de Richard Gordon et de Dan Hays.

Je formulerai d'abord quelques commentaires sur l'exposé de Richard Gordon, car il parlait dans un cadre constitutionnel complètement différent. Au Canada, il n'a jamais été question du Parlement contre la souveraine, mais il y a toujours eu la question très pratique du Parlement et des tribunaux, les tribunaux dans au moins deux sens. Dans le premier sens, la microgestion des activités du Sénat ou de la Chambre des communes par les tribunaux rendrait la vie parlementaire impossible.

L'affaire *Vaid* donne l'exemple d'une personne qui croit n'avoir pas été adéquatement reconnue par le Président pendant la période de questions et qui pourrait se présenter devant les tribunaux pour affirmer qu'il s'agit d'un cas de discrimination sur le fondement du sexe ou sur un autre critère. Ce qu'il ne faut pas oublier dans le cas des tribunaux, c'est qu'il est très facile de lancer une affaire judiciaire, mais ensuite, il faut beaucoup de temps et les choses deviennent très complexes. Pendant ce temps, il se peut très bien que les délibérations soient suspendues au Parlement, ce qui va à l'encontre de l'intérêt public. C'est essentiellement la raison pour laquelle la Constitution reconnaît un degré élevé d'autonomie aux deux Chambres du Parlement.

La deuxième raison, c'est manifestement l'expertise. Vous connaissez le pouvoir législatif beaucoup mieux que les juges. En effet, les affaires traitées quotidiennement par les juges n'ont rien à voir avec le bien-fondé de la fonction législative.

M. Gordon a dit qu'il pourrait peut-être y avoir un certain type de consultations entre les juges et les parlementaires. Dans notre système, cela ne fonctionnerait tout simplement pas. Il faut comprendre que même si les tribunaux ont le dernier mot, c'est seulement en raison de leur description d'emploi dans le cadre de la Constitution. En effet, quelqu'un doit avoir le dernier mot, et il a été attribué aux tribunaux. On aurait pu l'attribuer à une autre entité. Les tribunaux doivent donc travailler indépendamment des parties.

Si, par exemple, le chauffeur dans l'affaire *Vaid* avait déposé une plainte et que le Sénat avait répondu que ses membres avaient eu une discussion privée avec les juges de la Cour suprême et que tous les intervenants convenaient que le privilège parlementaire s'appliquait à son cas, M. Vaid aurait pu demander, et avec raison, où est l'indépendance du système judiciaire. En effet, il n'était pas présent à ces discussions et il n'a pas pu offrir sa contribution. Je crois qu'il serait impossible pour les juges de se prêter à ce type de processus informel.

But what does appeal greatly in what has been addressed by the committee in its report is codification because the words in which privilege are defined are ancient. They carry a lot of baggage over the centuries. The dignity of Parliament is not really what most people would consider dignity to mean. It is a term of art for parliamentarians.

People outside Parliament have to deal with Parliament — people who feel insulted or defamed by what is said in Parliament. There are third parties who have to have some idea and insight into what you say is protected and what you say may not be protected. So it's not only for the benefit of the Senate and the house that privileges be codified, but it first of all forces the members of Parliament to focus on exactly what they regard as essential and necessary to their legislative function and matters associated with their legislative function. In setting it out, it is a statement both to parliamentarians themselves and to the public.

There is commentary in your report, "Well, this would lead to a loss in flexibility," but that really is not, in my opinion, a valid objection. The Canadian Charter of Rights is supposed to outline a framework on a much larger canvas of the individual rights and freedoms of Canadians, and it does so in a relatively few sections. Those sections are broadly worded and require interpretation, but it is an alert to everybody as to exactly what Parliament and the provincial legislatures, when they adopted the Charter and went to Westminster, considered to be the bedrock principles on which Canada should stand.

A similar exercise of codification doesn't have to look like the Income Tax Act. It can be a very general statement, but at least it sets out the parameters in modern language.

The next point I would make leading on from the independence of the judiciary is that the courts do not get involved in the legislative process. You will recall the*Penikett* case and the *Sibbeston* case, when the territories felt unrepresented in the adoption of constitutional amendments, and the court said, "We have nothing to do with the legislative process. Our work begins when the work of Parliament ends."

Chief Justice Dickson, in a case involving the Auditor General, who was seeking access to cabinet documents, said, "Look, the whole system of our government — the legislative, the executive and the judiciary — works when each of the three has a proper appreciation of its own role in our constitutional arrangement so it operates by self-restraint in every case." In the Auditor General's litigation, the decision of the Supreme Court of Canada was, "We are not here to arbitrate between the Auditor General and the government and the House of Commons

Toutefois, ce qui est extrêmement intéressant dans les questions traitées par le comité dans son rapport, c'est la codification, car les mots utilisés pour définir le privilège sont anciens. Ils ont donc accumulé beaucoup de bagages au cours des siècles. La dignité du Parlement ne correspond pas réellement à l'idée que se font la plupart des gens de la dignité. C'est plutôt un terme technique propre aux parlementaires.

Les gens de l'extérieur du Parlement doivent faire affaire avec le Parlement — les gens qui se sentent insultés ou calomniés par les paroles prononcées au Parlement. Il y a des tiers qui doivent savoir que ce que vous dites est protégé et que ce que vous dites n'est peut-être pas protégé. Les privilèges ne seraient donc pas codifiés uniquement au bénéfice du Sénat et de la Chambre, mais pour obliger tout d'abord les députés du Parlement à se concentrer sur ce qu'ils jugent essentiel et nécessaire à l'exercice de leurs fonctions législatives et de leurs fonctions connexes. L'établissement de ces paramètres représente une déclaration à l'intention des parlementaires et du public.

Dans votre rapport, il y a un commentaire selon lequel cela réduirait la souplesse, mais à mon avis, ce n'est pas vraiment un argument valide. En effet, la Charte canadienne des droits et libertés est censée définir un cadre de travail dans un modèle beaucoup plus élargi des droits et des libertés individuelles des Canadiens, et elle le fait dans quelques articles. Ces articles sont rédigés de façon générale et nécessitent une interprétation, mais ils communiquent à tous ce que le Parlement et les assemblées législatives provinciales, lorsqu'ils ont adopté la Charte et l'ont envoyée à Westminster, considéraient comme étant les principes fondamentaux sur lesquels le Canada devait s'édifier.

Un exercice de codification similaire n'a pas besoin de ressembler à la Loi de l'impôt sur le revenu. Il peut s'agir d'un énoncé très général, mais il doit au moins établir les paramètres en langue moderne.

Le prochain point que j'aimerais faire valoir et qui découle de l'indépendance du système judiciaire, c'est le fait que les tribunaux ne participent pas au processus législatif. Vous vous souviendrez de l'affaire *Penikett* et de l'affaire *Sibbeston*, dans lesquelles les territoires affirmaient être sous-représentés dans l'adoption de modifications constitutionnelles, et les tribunaux ont répondu qu'ils n'intervenaient pas du tout dans le processus législatif et que leur travail commençait lorsque celui du Parlement finissait.

Le juge en chef Dickson, dans une affaire dans laquelle le vérificateur général tentait d'avoir accès à des documents du Cabinet, a indiqué que l'ensemble du système de notre gouvernement — le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire — fonctionnait lorsque chacun des trois pouvoirs comprenait bien son rôle dans le cadre de notre arrangement constitutionnel, et qu'il menait ses activités en faisant preuve de retenue dans chaque cas. Dans l'affaire du vérificateur général, la Cour suprême du Canada, dans sa

over access to cabinet documents. That is not for the judiciary. That is for the House of Commons to deal with." Of course, years later, in the Afghan detainee papers, you had a very forceful ruling from the Speaker of the House of Commons on exactly that issue.

I would add just a couple of minor points. In *Stockdale v. Hansard*, which was the great case in the British courts dealing with privilege, the court said, "The courts will be tender towards what goes on in Parliament until it affects third parties outside Parliament." And at that point, the judges become jealous. So it's a bit like Othello in Shakespeare, from tenderness to jealousy, when you have elements added, and the most important element is the ordinary citizen who is deprived of the ordinary rights pertaining to the ordinary citizen by reason of this privilege that is established for the overall public good of the functioning of the country but is really not intended to operate harshly on an individual beyond what is essential.

I note in the Senate report that you talk about the matter of *Michaud* in Quebec and Jan Wong, and other cases of people who have felt without a remedy when they consider themselves unjustly maligned and have no recourse.

The final thing I would say is that in line with everybody exercising restraint in pushing their powers to the maximum, one sees in decisions, most of which are cited in your excellent report, for example the New Zealand case of *Gow v. Leigh*, where the civil servant muttered in the ears of the parliamentarian advice which was thought to be improperly activated, malice broadly so-called. There, the question of necessity is very present. It may be necessary to protect members of Parliament to freely exercise their rights without interference from the court, but why should somebody who is affected by advice that is poisoned by malice have no remedy against the person who planted the poison in the ear of the parliamentarian.

So the courts tried to avoid a clash. They tried not to say, well, Parliament trumps the Charter or the Charter trumps Parliament. What the courts want to say is that there is a middle ground in which the legitimate interests of Parliament can be accommodated to the Charter rights. *Vaid* was an example. I think this New Zealand case was an excellent example as to how that can be done.

With those remarks, Mr. Chair, I surrender the floor.

décision, a déclaré qu'elle n'existait pas pour servir d'arbitre entre le vérificateur général et le gouvernement et la Chambre des communes au sujet de l'accès aux documents du Cabinet. Elle a indiqué que cela ne relevait pas du système judiciaire, mais de la Chambre des communes. Manifestement, des années plus tard, dans l'affaire des documents sur les détenus afghans, le Président de la Chambre des communes a rendu une décision très ferme sur cet enjeu précis.

J'aimerais ajouter quelques points. Dans l'affaire *Stockdale c. Hansard*, la grande affaire dans laquelle les tribunaux britanniques ont abordé la question du privilège, le tribunal a déclaré que les tribunaux feraient preuve d'indulgence à l'égard de ce qui se passe au Parlement jusqu'à ce que cela ait des répercussions sur des tiers à l'extérieur du Parlement. Et à ce moment-là, les juges deviennent jaloux. C'est donc un peu comme Othello, la pièce de Shakespeare, de la tendresse à la jalousie, lorsque des éléments sont ajoutés, et que l'élément le plus important est le citoyen ordinaire qui est privé de ses droits ordinaires de citoyen ordinaire en raison de ce privilège qui a été établi pour le bien public général et le bon fonctionnement du pays, mais dont l'intention n'est pas d'avoir des répercussions importantes sur un individu lorsque ce n'est pas essentiel.

Je souligne que dans le rapport du Sénat, vous parlez de l'affaire *Michaud* au Québec et de Jan Wong, et d'autres affaires dans lesquelles des gens considéraient qu'ils avaient été injustement victimes de diffamation, mais qu'ils n'avaient aucun recours.

La dernière chose que j'aimerais dire, c'est qu'en plus de tout le monde qui se retient de pousser leurs pouvoirs au maximum, on peut voir dans les décisions — la plupart sont citées dans votre excellent rapport, par exemple l'affaire néo-zélandaise *Gow c. Leigh*, dans laquelle un fonctionnaire a murmuré, dans l'oreille d'un parlementaire, des conseils qu'on pensait généralement malicieux. Dans ce cas, la question de nécessité est très présente. Il peut être nécessaire de protéger les membres du Parlement pour leur permettre d'exercer librement leurs droits sans interférence du tribunal, mais pourquoi une personne touchée par un conseil empoisonné par la malice n'aurait-elle aucun recours contre la personne qui a mis ce poison dans l'oreille du parlementaire?

Les tribunaux ont donc tenté d'éviter une confrontation. Ils ont tenté de ne pas dire que le Parlement l'emportait sur la Charte ou que la Charte l'emportait sur le Parlement. Ce que les tribunaux souhaitent dire, c'est qu'il existe un terrain d'entente qui permet d'accommoder les intérêts légitimes du Parlement à la Charte. L'affaire *Vaid* représente un tel exemple. Je crois que cette affaire néo-zélandaise donne un excellent exemple de la façon dont cela peut être accompli.

Sur ces commentaires, monsieur le président, je termine mon exposé.

The Deputy Chair: Thank you so much, Mr. Binnie. I think you have touched upon all the aspects of our work and the need for us to consider appropriate alternatives.

Senator Batters has joined us. She is from Saskatchewan.

Senator Gold: Welcome, Justice Binnie. I have two questions. You supported the idea of codification. The first one is about content. Are there particular areas of privilege that you think need special attention to be clarified? The second is more process. Would you support the idea, which has been somewhat discussed in these hearings, that the Senate develop some internal mechanisms to make sure that third parties who are affected by claims of privilege receive their due process internally as a way of the Senate managing these issues better when they have an impact on third parties?

Mr. Binnie: Yes, taking the second question first, I think it is vital to have a process. I throw out the analogy with the courts. If somebody has a complaint against a judge for saying something out of turn, discriminating against them or otherwise acting inappropriately, they can go to the Canadian Judicial Council. There is a forum to hear complaints, even though judges are not, in the ordinary course of things, attackable or challengeable, apart from appeals. There are all sorts of examples where an adequate forum can be created.

On areas of privilege, one of the major areas that came up again and again in the Senate expenses hearings was how far privilege extends to the management of the internal affairs of the house. In *Vaid*, we had that question: Was it management of employees? Do you create subcategories and put a little barbed wire around those subcategories so they don't get out of control?

I think something like freedom of speech also has to be looked at, not only in terms of the Charter. Hate speech, is that covered? Criminal defamation, is that covered? But also in the era of social media, the ability of parliamentarians to damage people without recourse has been vastly expanded. Technology has brought fresh issues that were never in the minds of the judges in *Stockdale v. Hansard*. But again, it's the same problem, third parties. What the Senate does about its own dignity within the Senate probably doesn't concern most people outside what they read in the newspapers. What happens to an individual matters a lot to that individual.

Senator Gold: May I follow up with a question? It may be an inappropriate question, so please forgive me. From your experience on the bench, how do you think judges would view

Le vice-président : Merci beaucoup, monsieur Binnie. Je crois que vous avez abordé toutes les facettes de notre travail et la nécessité d'envisager de trouver des solutions de remplacement appropriées.

La sénatrice Batters est arrivée. Elle vient de la Saskatchewan.

Le sénateur Gold : Bienvenue, monsieur le juge Binnie. J'ai deux questions. Vous avez appuyé l'idée de la codification. La première concerne le contenu. À votre avis, certains domaines de privilège ont-ils particulièrement besoin d'être précisés? La deuxième concerne plutôt le processus. Appuyez-vous l'idée — nous en avons un peu discuté dans ces délibérations — que le Sénat élabore des mécanismes internes pour veiller à ce que les tierces parties qui sont touchées par les revendications de privilège profitent de l'application régulière de la loi à l'interne, afin que le Sénat gère mieux ces enjeux lorsqu'ils ont des répercussions sur des tierces parties?

M. Binnie : Oui, pour répondre d'abord à la deuxième question, je crois qu'il est essentiel d'avoir un processus. Je fais une analogie avec les tribunaux. Si une personne a une plainte contre un juge qui a dit quelque chose d'inapproprié, qui a fait preuve de discrimination ou qui a agi de façon inappropriée, cette personne peut s'adresser au Conseil canadien de la magistrature. Il existe une tribune pour déposer les plaintes, même si les juges ne peuvent pas, en général, être attaqués ou contestés, sauf en cas d'appel. Il y a toutes sortes d'exemples de tribunes adéquates qui peuvent être créées.

En ce qui concerne les domaines de privilège, l'un des principaux domaines qui ont été soulevés à d'innombrables reprises pendant les audiences sur les dépenses du Sénat, c'est la mesure dans laquelle le privilège s'applique à la gestion des affaires internes de la Chambre. Dans l'affaire *Vaid*, on s'est demandé si c'était la gestion des employés. On s'est demandé s'il fallait créer des sous-catégories et les isoler, afin qu'elles n'échappent pas à tout contrôle.

Je crois qu'il faut aussi examiner la question de la liberté d'expression, et pas seulement en vertu de la Charte. Il faut se demander si les discours haineux sont couverts. Il faut se demander si la diffamation criminelle est couverte. Aussi, à l'ère des médias sociaux, la capacité des parlementaires d'infliger des dommages à des gens qui n'ont aucun recours est beaucoup plus importante. En effet, la technologie a créé de nouveaux enjeux dont les juges de l'affaire *Stockdale c. Hansard* n'ont jamais eu à tenir compte. Encore une fois, c'est le même problème, c'est-à-dire les tierces parties. Ce que le Sénat fait pour sa propre dignité au sein du Sénat ne préoccupe probablement pas la plupart des gens au-delà de ce qu'ils lisent dans les journaux. Toutefois, ce qui arrive à un individu a beaucoup d'importance pour cet individu.

Le sénateur Gold : Puis-je poser une question de suivi? C'est peut-être une question inappropriée, et je vous demande donc de me pardonner. Selon votre expérience au tribunal, à votre avis,

the internal mechanism set up by the Senate to deal with an individual? Would that enhance the court's willingness to defer were the Senate to have a fair procedure for dealing with third party issues?

Mr. Binnie: I'm not sure whether deference is the right word. It would certainly be more coherent. The courts would understand how the Senate conceived of functions necessary to discharging its mandate. It would depend a little bit, of course, on whether it's a resolution of the Senate adopting something like the ethics code or whether there was a law, an amendment to the Parliament of Canada Act, in which case it would have to comply with the Charter, subject to the usual debate about the impact of the Charter.

For example, in *Vaid*, essentially what they were handed was a copy of Joseph Maingot's book, Beauchesne, Bourinot, Erskine May, a stack this high full of incredible detail without any really coherent explanation from the parliamentary point of view as to what it was all about. I think the codification would provide that.

The Deputy Chair: If I may add, codification would also have the benefit of maintaining coherence. As my colleagues around the table know, there are many provinces that claim privileges on the basis of the privileges of the House of Commons. In other words, it would streamline the system in interpreting privileges because there would be a capacity to build jurisprudence in a coherent way. That could certainly be an aspect of the benefit, even though there are other sides of it, which is the fact that it might instil into the system a greater rigidity. Well, now, we are more flexible to adapt to circumstances with, of course, the uncertainty that it carries. It's part of the discussion.

Senator Batters: Thanks so much, Mr. Justice Binnie. As a lawyer who studied your decisions and quoted from them when I practised, it's a real privilege to have you here today. Thanks very much for being here. It's also fun for a lawyer to ask a distinguished judge questions, because we don't often get that chance.

In the *Vaid* case, you described the necessity test as this:

> . . . in order to sustain a claim of privilege, the assembly or member seeking its immunity must show that the sphere of activity for which privilege is claimed is so closely and directly connected with the fulfilment by the assembly or its members of their functions as a legislative and deliberative body, including the assembly's work in holding the government to account, that outside interference would undermine the level of autonomy required to enable the assembly and its members to do their legislative work with dignity and efficiency.

que penseraient les juges d'un mécanisme interne établi par le Sénat pour régler les affaires qui touchent une personne? Si le Sénat avait un processus équitable pour régler les enjeux liés à des tierces parties, cela améliorerait-il la volonté du tribunal de reporter la décision?

M. Binnie : Je ne suis pas sûr que « reporter » soit le terme approprié. Ce serait certainement plus cohérent. Les tribunaux comprendraient comment le Sénat a interprété des fonctions nécessaires pour s'acquitter de son mandat. Cela dépendrait un peu, manifestement, de la question de savoir si le Sénat adopte un code de déontologie ou une loi, une modification à la Loi sur le Parlement, et dans ces cas, il faudrait se conformer à la Charte, sous réserve du débat habituel sur les répercussions de la Charte.

Par exemple, dans l'affaire *Vaid*, ils ont essentiellement reçu un exemplaire du livre de Joseph Maingot, Beauchesne, Bourinot, Erskine May, une énorme pile remplie d'incroyables détails sans réelle explication cohérente, du point de vue parlementaire, sur tout cela. Je crois que la codification permettrait d'expliquer cela.

Le vice-président : Si vous me permettez, j'aimerais ajouter que la codification aurait également l'avantage de maintenir la cohérence. Comme mes collègues présents le savent, de nombreuses provinces revendiquent des privilèges sur le fondement des privilèges de la Chambre des communes. Autrement dit, cela uniformiserait le système de l'interprétation des privilèges, car il existerait une capacité de bâtir une jurisprudence de façon cohérente. Cela serait certainement un avantage, même s'il y a d'autres côtés, c'est-à-dire que cela pourrait rendre le système plus rigide. Eh bien, maintenant, nous avons la souplesse nécessaire pour nous adapter à des circonstances et manifestement à l'incertitude que cela entraîne. Cela fait partie de la discussion.

La sénatrice Batters : Merci beaucoup, monsieur le juge Binnie. Quand je pratiquais, j'étudiais vos jugements et je les citais. Quel privilège que vous soyez ici! Merci beaucoup de votre visite. Quel plaisir aussi, pour un avocat, de questionner un juge éminent, parce que c'est une chance qui ne se présente pas souvent.

Dans l'affaire *Vaid*, vous avez ainsi décrit le critère de nécessité :

> Pour justifier la revendication d'un privilège parlementaire, l'assemblée ou le membre qui cherchent à bénéficier de l'immunité qu'il confère doivent démontrer que la sphère d'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué est si étroitement et directement liée à l'exercice, par l'assemblée ou son membre, de leurs fonctions d'assemblée législative et délibérante, y compris leur tâche de demander des comptes au gouvernement, qu'une intervention externe saperait l'autonomie dont l'assemblée ou son membre ont

I would like you to tell us a bit more, particularly on that necessity test, about dealing with the assembly's work in holding the government to account and how that plays an important role in establishing that.

Mr. Binnie: Yes. To me, the defining words of the parliamentary system is the expression "the grand inquest of the nation."To my way of thinking, almost nothing should be off limits for Parliament to explore and to pursue, with due regard for the rights of others who can't be heard themselves, but free speech, going back to 1689, is the absolute core of parliamentary privilege.

I think the limits that are placed on the grand inquest of the nation should have nothing to do with subject matter. In the expenses inquiry, I think it was Senator Boisvenu who had a special interest in victims' rights, which he pursued. The Auditor General said, "Well, that's got nothing to do with the legislature." And I respectfully disagreed. I thought it had everything to do with his role as a senator, as a legislator and as part of the grand inquest of the nation.

I think that this freedom to look under any stone, to pursue any subject that a senator believes to be in the public interest, whether other senators agree or not, is essential to the functioning of the system.

Senator Batters: Absolutely. You've already gone into it a bit, but how would you say the jurisprudence on parliamentary privilege, then, has impacted the work that you have done for the Senate on the evaluation of the Senate expenses following the Auditor General's report?

Mr. Binnie: I don't know. It kind of rose like a bit of a rocket and then disappeared, so I don't know what happened.

Senator Batters: For all of us.

Mr. Binnie: But I do think, going back to Senator Joyal's comment on creating consistency, that if there were a code, then you would annotate the code with rulings by particular Speakers and by the Senate itself so that you would develop a kind of jurisprudence. I would think of it more in the nature of the civil code, that unlike the common law, those rulings wouldn't become binding because the text of the code would be what is binding. In having a rule explicated in different contexts, in different subjects and by different minds, you would put flesh on the bones of the code. That would provide much better guidance.

Senator Batters: Thank you very much.

besoin pour accomplir leur travail dignement et efficacement.

Pourriez-vous nous en dire un peu plus, particulièrement sur ce critère, en ce qui concerne la demande de comptes au gouvernement et son rôle important dans l'établissement de cette tâche?

M. Binnie : Oui. D'après moi, l'expression qui définit le système parlementaire est « grand enquêteur de la nation ». À mon avis, presque rien ne devrait échapper au travail d'examen du Parlement, dans le respect attribuable aux droits d'autrui, des sans-voix, mais la liberté d'expression, acquise en 1689, se trouve en plein cœur du privilège parlementaire.

Je pense que les limites imposées au grand enquêteur de la nation ne devraient avoir rien de commun avec notre sujet. Dans l'enquête sur les dépenses, je pense que c'est le sénateur Boisvenu qui s'intéressait particulièrement aux droits des victimes et qui s'y consacrait. Le vérificateur général a prétendu que ça n'avait rien à voir avec la législature, et j'ai exprimé respectueusement mon désaccord. Je pense que cela avait tout à voir avec son rôle de sénateur, de législateur et d'acteur dans la grande enquête de la nation.

Je pense que cette liberté de retourner chaque pierre, d'examiner toutes les questions qu'un sénateur estime être d'intérêt public, avec ou sans l'accord de ses collègues, est essentielle au bon fonctionnement du système.

La sénatrice Batters : Absolument. Vous l'avez déjà bien expliqué, mais comment diriez-vous que la jurisprudence sur le privilège parlementaire a influé sur votre travail pour le Sénat sur l'évaluation de ses dépenses après le rapport du vérificateur général?

M. Binnie : Je l'ignore. C'est, en quelque sorte, parti comme une fusée, puis c'est disparu. J'ignore donc ce qui s'est passé.

La sénatrice Batters : Pour nous tous.

M. Binnie : Mais je crois vraiment, pour revenir aux observations du sénateur Joyal sur la création de cohérence, que s'il y avait un code, vous pourriez l'annoter avec les décisions des Présidents et du Sénat lui-même pour élaborer une sorte de jurisprudence. Ce code, je le verrais plus de la nature du Code civil, que contrairement à celle de la common law, les décisions ne deviendraient pas contraignantes, parce que c'est le texte du code qui serait contraignant. L'explication d'une règle dans différents contextes, sur différents sujets et par différents esprits donnerait du contenu au code. Il deviendrait un bien meilleur guide.

La sénatrice Batters : Merci beaucoup.

Senator Ringuette: I really appreciate your comments today. In the Senate, for many years now, we've had the code of ethics. The process is working really well. It allows third-party complaints to be directed to the Senate Ethics Officer. From my perspective, and in regard to what you call the dignity of the Senate, of the institution, with respect to the current process of Senate ethics with its third-party complaint mechanism, could that process also be enlarged by being the Senate code of ethics and code of privilege? Could you see that as being meshed together, first of all, for efficiency? We already have a process. We already have personnel. We already have all of that in place. It would be a matter of adding a code of privilege to that body. How would you see that?

Mr. Binnie: I could certainly see expanding the code of ethics to the much broader codification discussed in the Senate report. I think it would be better to have a coherent scheme rather than a number of subschemes dealing with specific subject matters.

I think the mechanism might have to be looked at, not so much in terms of the rights of third parties but the extent to which issues of privilege would be delegated to an official rather than dealt with by a committee of the Senate itself. Ultimately, just as in the privilege attaching to a senator versus attaching to an employee of the Senate, to me, there is something fundamental about the Senate taking control over such a broadened subject matter.

But certainly it seems to me that, as you say, there is a system operating in a corner of the subject matter. It uses words like "the dignity of Parliament" and "brings the dignity of the Senate into question." Dignity? Where is it defined? In a sense, the code almost begs for an elaboration of some of the terms to make it clearer to the general population what Parliament has in mind that it is protecting.

Senator Ringuette: It has been my experience in the last 15 years in the Senate that whenever our process requires a prima facie recognition of a question of privilege by the Speaker, when there is a recognized prima facie case, we seem to be all over different committees. I don't think that is efficient, and I don't think that is the way we need to move if we want to include third parties within this mechanism. I would like to have your thoughts on that.

Mr. Binnie: In the sense that the system is decentralized now into a number of different subjurisdictions, I agree with you that it makes much more sense to try to draw it together, without underestimating the difficulty of pulling it all together. It's a lot easier to hive off a little subject and deal with it and say all right, that's out of the way. When you get into some of these broad propositions discussed in your report, then it is going to take real work to get the right words. But as your report points out, there

La sénatrice Ringuette : J'apprécie vraiment vos observations. Depuis un bon nombre d'années, le Sénat possède un code d'éthique. Le processus donne vraiment de bons résultats. Il permet d'acheminer vers le conseiller sénatorial en éthique les plaintes de tiers. D'après moi, et en ce qui concerne ce que vous appelez la dignité du Sénat, de l'institution, par rapport au processus actuel de l'éthique du Sénat avec son mécanisme de traitement des plaintes des tiers, pourrait-on élargir le processus pour en faire le code d'éthique du Sénat et un code des privilèges? Pourriez-vous envisager leur intégration pour, d'abord, des motifs d'efficacité? Nous avons déjà un processus, les ressources humaines, tous les rouages en place. Il suffirait d'ajouter un code des privilèges à cet organisme. Comment le verriez-vous?

M. Binnie : Je pourrais certainement concevoir l'élargissement du code d'éthique pour qu'il englobe la codification élargie dont il a été question dans le rapport sur le Sénat. Je pense qu'un ensemble cohérent serait préférable à un certain nombre de sous-ensembles touchant des questions particulières.

Je pense qu'on pourrait examiner le mécanisme, moins en ce qui concerne les droits des tiers que la délégation des questions de privilège à un fonctionnaire plutôt qu'à un comité du Sénat lui-même. En fin de compte, tout comme dans le privilège s'attachant à un sénateur plutôt qu'à un employé du Sénat, il me semble fondamental que le Sénat prenne le contrôle d'une question si vaste.

Il est sûr qu'il me semble que, comme vous dites, un système occupe un coin de la question. Il emploie des expressions comme « dignité du Parlement » et « mettre en question la dignité du Sénat ». Dignité? Où est-ce défini? Dans un certain sens, le code exige presque l'élaboration de certaines définitions pour éclairer la population en général de ce que le Parlement a à l'esprit dans son rôle de protection.

La sénatrice Ringuette : Mon expérience sénatoriale des 15 dernières années est que, chaque fois que notre processus exige une reconnaissance, de prime abord, d'une question de privilège par le Président, quand il y a une question reconnue de prime abord, nous semblons être partout dans différents comités. Je ne crois pas que ce soit efficace et que ce soit la marche à suivre si nous voulons inclure des tiers dans ce mécanisme. Qu'en pensez-vous?

M. Binnie : Étant donné la décentralisation actuelle du système en un certain nombre de centres de pouvoir, je suis d'accord. Il est beaucoup plus logique d'essayer de le centraliser, sans sous-estimer la difficulté de la tâche. Il est beaucoup plus facile de séparer une petite question pour la régler de façon définitive. Pour certaines propositions générales discutées dans votre rapport, il faudra vraiment s'atteler à la tâche d'employer la bonne terminologie. Toutefois, comme votre rapport le

are ample studies elsewhere in the parliamentary world that have looked at the subject and can provide some assistance.

Senator Seidman: Thank you for being with us today, Mr. Justice Binnie. We really appreciate it.

The former Speaker of the Senate who was here, Dan Hays, and Richard Gordon in their testimony both supported the codification of privilege. Both spoke of the necessity of reforming parliamentary privilege to take account of modern conditions, and they spoke of the natural tension between codification and flexibility. In your presentation, you made a passing remark to this, and I presume you meant for us to ask you to explain this further, so I'm going to do just that. You said the loss of flexibility is not a good argument to reject codification. Could you please explain that in detail to us?

Mr. Binnie: Yes. What I was thinking is that codification can mean anything from a handful of articles in the Charter to the Criminal Code with its 700 closely and densely worded sections, or the Income Tax Act, and lord knows how many sections it has now.

Yes, if the codification attempted more precision than the subject matter is really capable of, it would inhibit the development of the law of privilege and the ongoing review of what is necessary and what is not necessary.

But I don't think codification requires a loss of flexibility, just as I don't think we lose flexibility by taking some of the old common law doctrines of free speech and putting them into the Charter. I think what we have done is explained to Canadians, "Here is the full range of your rights that you may not have been aware of," in a way that they wouldn't readily pick up from the non-codified common law. I think the advantages it presents greatly outweighs flexibility. And, of course, can you always put in a little weasel clause in a code that says "and such further and other matters as the Senate may determine," so you can, in the code, give yourself that flexibility.

Senator Seidman: With the necessity to account for modern conditions, of course, they are ever evolving, so there is a natural tension there between the codification of what we consider now to be modern conditions, but going forward there's a natural evolution of these things. What you're saying is that there are ways to build that in.

For example, in former Speaker Hays's presentation to us, he quoted the U.K. 1999 joint committee, which recommended codification, and they said that the code should maintain flexibility by stating principles and then went on to say that principles should be stated with examples so as not to preclude future developments from being covered by the provisions of a parliamentary privileges act.

souligne, il existe amplement d'études utiles ailleurs, dans le monde parlementaire, sur la question.

La sénatrice Seidman : Merci, monsieur le juge Binnie, d'être ici. Nous l'apprécions vraiment.

L'ancien Président du Sénat, Dan Hays, et Richard Gordon, dans leurs témoignages, ont tous deux appuyé la codification du privilège. Les deux ont parlé de la nécessité de réformer le privilège parlementaire pour se tenir au diapason et ils ont aussi parlé de la tension qui existe naturellement entre codification et flexibilité. Dans votre exposé, vous avez formulé une remarque en passant, et je suppose que c'était une invitation que vous nous lanciez pour vous demander de vous expliquer. Alors, c'est ce que je fais. Vous avez dit que la perte de flexibilité n'est pas un bon argument contre la codification. Pourriez-vous, s'il vous plaît, nous donner plus de détails?

M. Binnie : Très bien. Dans mon esprit, la codification peut signifier tout ce qui comprend quelques articles, comme la Charte des droits et libertés, ou un nombre que Dieu seul connaît, comme dans Loi de l'impôt sur le revenu, en passant par les 700 articles concis et bien tassés du Code criminel.

Effectivement, si la codification tentait d'être plus précise que ne le permet le sujet, elle empêcherait l'élaboration du droit du privilège et l'examen permanent du nécessaire et de l'accessoire.

Je ne crois pas cependant qu'elle diminue obligatoirement la flexibilité, tout comme je ne crois pas que nous perdons de la flexibilité en nous inspirant de certaines des vieilles doctrines de la common law sur la liberté d'expression et en les intégrant dans la Charte des droits et libertés. Je pense que nous avons expliqué notre travail aux Canadiens, en leur exposant tous les droits dont ils n'avaient peut-être pas conscience et qu'ils n'auraient pas appréhendés facilement faute de codification. Je pense que les avantages excèdent amplement la flexibilité. Bien sûr, on peut toujours insérer dans un code un petit article ambigu ouvrant la porte à d'autres questions que pourra déterminer le Sénat. On peut donc, dans le code, se donner la même flexibilité.

La sénatrice Seidman : Étant donné la nécessité de se mettre au diapason de la modernité, qui, bien sûr, est en évolution constante, il existe une tension naturelle entre la codification des conditions que nous considérons comme modernes et l'évolution à venir. Vous dites donc qu'il y a moyen de les concilier.

Par exemple, dans son exposé, l'ancien Président Hays a cité le comité mixte de 1999 du Royaume-Uni, qui recommandait la codification en disant que le code devrait maintenir la flexibilité en énonçant des principes assortis, a-t-il précisé, d'exemples de manière à ce que les dispositions de la loi sur les privilèges parlementaires ne coupent pas l'herbe sous le pied de l'évolution à venir.

Mr. Binnie: I think examples are fine, but examples really become part of the code and therefore carry that authority. What I mentioned earlier was the notion of annotating the code with decisions based on specific facts, which don't have the same binding force but which still provide guidance.

I'll give you an example of one of the subjects that arise in connection with freedom of speech that you asked about earlier. One of the parliamentary committees thought that malice should be an exception, and if a parliamentarian spoke, motivated by malice, privilege would be lost. That is an example of modernizing free speech. I think that would be a backward step because, by analogy, in the United States, where you can only defame a public figure, the public figure can only collect damages by establishing malice, so you just automatically allege malice and then there's a huge trial over whether malice was or was not present, which defeats the whole purpose of attempting to isolate the parliamentary function from the work of the courts. So not every evolution in the modern world is good.

Senator Seidman: Thank you.

[*Translation*]

Senator Maltais: Former Justice Binnie, I believe your ruling will go down in Canadian history. Even if you are no longer sitting, you have excellent judgment.

I would like to come back to one thing. I have spent half my life in parliaments, and I have never been treated the way the Auditor General treated parliamentarians in this saga. We are not entitled to the presumption of innocence. Our offices have been invaded almost as in the days of the Gestapo. We were found guilty in the public square because of leaks organized by his office or by him in the media. He did a forensic audit — no senator would have refused a financial audit, because we are all serious people — to get to files that have all been rejected in court.

And that is an understatement. It took a wise person like you to put the lid on and get those who, in fact, inadvertently, and not with criminal intent, had overspent. As parliamentarians, we have all been hurt. Deeply wounded, because honesty is not earned in a day, but for a lifetime. When we are targeted in public as dishonest people — we have families, children and grandchildren — it is extremely hurtful. There is no way to fix that. For us, you were the only salve in this matter, Mr. Binnie. How can such a thing not happen again in the future?

M. Binnie : Les exemples, c'est bien, mais ils s'intègrent vraiment dans le code et ils véhiculent donc cette autorité. J'ai évoqué, tout à l'heure, la possibilité d'annoter le code à l'aide de décisions fondées sur des faits précis, qui n'ont pas le même pouvoir contraignant, mais qui, néanmoins, aident à s'y retrouver.

Prenons, par exemple, l'un des sujets que soulève la liberté d'expression, sur laquelle vous avez posé une question. L'un des comités parlementaires a pensé que la malice devait faire exception et qu'un parlementaire qui s'exprimait en étant motivé par la malice devait perdre son privilège. Cet exemple de la modernisation de la notion de libre expression serait, d'après moi, un recul parce que, par analogie, aux États-Unis, où on ne peut diffamer que quelqu'un très en vue, cette personne ne peut qu'obtenir des dommages-intérêts en prouvant la malice. Il lui suffit donc, ce qu'elle fait automatiquement, d'alléguer la malice, ce qui donne lieu à un retentissant procès sur la présence ou l'absence de malice, ce qui va à l'encontre de toute l'idée de tenter de séparer la fonction de parlementaire du travail des tribunaux. Les manifestations de l'évolution dans le monde moderne ne sont pas toutes bonnes.

La sénatrice Seidman : Merci.

[*Français*]

Le sénateur Maltais : Monsieur l'ancien juge, je crois que votre jugement va demeurer dans les annales canadiennes. Même si vous ne siégez plus, vous avez un excellent jugement.

J'aimerais revenir sur une chose. J'ai passé la moitié de ma vie dans les parlements, et jamais je n'ai été traité de la façon dont le vérificateur général a traité les parlementaires lors de cette saga. Nous n'avons pas eu droit à la présomption d'innocence. Nos bureaux ont été envahis presque comme au temps de la Gestapo. Nous étions reconnus coupables sur la place publique en raison des fuites organisées par son bureau ou par lui-même dans les médias. Il a fait une vérification judiciaire — aucun sénateur n'aurait refusé une vérification comptable, car nous sommes tous des gens sérieux — pour en arriver à des dossiers qui ont tous été déboutés devant les tribunaux.

Et cela, c'est peu dire. Il a fallu une sage personne comme vous pour mettre le couvercle et faire rembourser ceux qui, effectivement, par mégarde, et non avec une intention criminelle, avaient eu des excès de dépenses. À titre de parlementaires, nous avons tous été blessés. Blessés profondément, parce que l'honnêteté ne se gagne pas en une journée, mais pendant toute une vie. Lorsqu'on est ciblé sur la place publique comme des gens malhonnêtes — nous avons des familles, des enfants et des petits-enfants —, c'est extrêmement blessant. Il n'existe aucune façon de réparer cela. Pour nous, vous avez été le seul baume dans ce dossier, monsieur Binnie. Comment éviter qu'une pareille chose ne se reproduise à l'avenir?

There was this whole affair, but there was also the $26 million bill that was passed on to taxpayers, and no one has any recourse against the clumsiness or incompetence of the Auditor General. This is a glaring example of a situation where the privileges of parliamentarians have been violated. We are parliamentarians with parliamentary functions and obligations. This is something the Auditor General did not understand at all. It's a shame to say it, but it's the truth. I say this publicly and modestly. Unfortunately, he did not know our work.

How can this be avoided in the future while respecting the rules of parliamentary privilege? What would you recommend so that senators would never go through this again and can regain their dignity, to which they are entitled?

Mr. Binnie: That is a rather delicate question, senator.

[*English*]

The Deputy Chair: He mentioned the word "privilege." That's why I let the question go, even though it's not the direct subject this morning. Since it's linked to the interpretation of the privilege of members of Parliament or senators, I thought the question was appropriate and I let it go.

Mr. Binnie: Of course, in responding, I'm not covered by the same privilege.

The Deputy Chair: You are as a witness.

[*Translation*]

Mr. Binnie: I understand the senator's comment, and I made some dissenting comments in my report, at times, about the Auditor General's point of view.

[*English*]

I don't think I can really go beyond the commentary I have made.

In terms of process, because you're talking to the future and not to the past, my recollection is that the whole basis for the Auditor General was a request by the Senate to do the audit. The request itself might have been more explicit on the ground rules on which the invitation was extended because there may have been a good-faith misunderstanding between the Senate and the Auditor General as to how far the Auditor General should go in terms of a document search and so on. I think those kinds of events can be controlled by the Senate itself in the first instance making clear what the mandate is.

Il y a eu toute cette saga, mais également la facture de 26 millions de dollars qui a été refilée aux contribuables, et personne n'a de recours contre la maladresse ou l'incompétence du vérificateur général. C'est un exemple flagrant de situation où les privilèges des parlementaires ont été bafoués. Nous sommes des parlementaires avec des fonctions de parlementaires et des obligations de parlementaires. Il s'agit d'une chose que le vérificateur général n'a absolument pas comprise. C'est dommage de le dire, mais c'est la vérité. Je le dis publiquement avec toute ma simplicité. Il ne connaissait malheureusement pas notre travail.

Comment, éviter que pareille chose se reproduise à l'avenir tout en respectant les règles du privilège parlementaire? Quelles seraient vos recommandations afin que les sénateurs ne revivent jamais ce qu'ils ont vécu et qu'ils puissent regagner leur dignité, dignité à laquelle ils ont droit?

M. Binnie : Cette question est assez délicate, monsieur le sénateur.

[*Traduction*]

Le vice-président : Comme la question renfermait le mot « privilège », je l'ai laissé poser, même si elle ne portait pas directement sur le point à l'ordre du jour. Comme elle était reliée à l'interprétation du privilège des membres du Parlement ou des sénateurs, j'ai pensé qu'elle était appropriée et je ne suis pas intervenu.

M. Binnie : Bien sûr, en répondant, je ne suis pas protégé par le même privilège.

Le vice-président : Vous l'êtes en votre qualité de témoin.

[*Français*]

M. Binnie : Je comprends le commentaire du sénateur, et j'ai fait des commentaires dans mon rapport qui étaient en dissidence, parfois, avec le point de vue du vérificateur général.

[*Traduction*]

Je ne crois pas pouvoir vraiment en dire plus que ce commentaire.

Sur le processus, puisque nous parlons de l'avenir et non du passé, je me souviens que le vérificateur général répondait d'abord à une demande du Sénat qui lui confiait l'audit. La demande même aurait pu avoir été plus explicite sur les règles de base à suivre d'après l'invitation, parce qu'un quiproquo de bonne foi aurait pu se présenter entre le Sénat et le vérificateur général sur son mandat de recherche de documents et ainsi de suite. Je pense que le Sénat lui-même aurait pu maîtriser ces événements, en explicitant mieux, d'abord, le mandat qu'il confiait.

Senator Marwah: Thank you again, Justice Binnie, for being here.

This is a question that has often crossed my mind as we have been going over the issue of parliamentary privilege. In issues where parliamentary privilege comes into conflict with the Charter — and I think Senator Joyal mentioned there have been a couple of instances where that has come into conflict — how does one resolve those differences? Or is there one section that trumps the other? In your judgment, how does one deal with those?

Mr. Binnie: Nothing trumps anything else in the Constitution. Privilege, Charter, division of powers — all of these constitutional enactments form part of the Constitution, and the job of the court is to try to work out a coherent functioning of the whole system together.

Although it was argued that the Charter trumps parliamentary privilege because of the fact that Parliament, in the Parliament of Canada Act, legislated, and for a while the Supreme Court toyed with the idea, "Because it's legislated, then the legislation is subject to the Charter; therefore, the Charter trumps privilege," but then that was clarified and the court said, "No, privilege is inherent in the Westminster system and is not trumped by the Charter but must be allowed to operate independently."

I think probably some of the thinking behind that was the courts should not be in the business of jumping into the proceedings of the House of Commons and the Senate where they had no business trying to regulate procedure. That's simply not their appropriate role.

The courts will attempt to avoid a head-on collision. For example, there was a great controversy within the Charter between free speech and fair trial rights, whereas in the United States, the *New York Times* comments on all kinds of stuff going on in court that a Canadian newspaper would not report. So it was thought, "Well, then, fair trial rights trump free speech." And the court said, "No, they can coexist because not every speech actually compromises the integrity of a trial." There are many examples where you can read down one but preserve the essential purpose, the necessity, without sacrificing the other.

At the end of the day, there could be a head-on collision where the court has no choice but to prefer one over the other, but that would be as a last resort, and I think what the court would then do is look at the purpose served by each of these two objectives, the context, whether there was a way in which one could minimally impair the one without wholly sacrificing the other and attempt to work out an accommodation. At the end of the day, part of the job description of the judge is to call it. If there's

Le sénateur Marwah : Merci encore d'être ici, monsieur le juge Binnie.

Ma question m'est souvent revenue à l'esprit, pendant que nous examinions la question du privilège parlementaire. Dans les cas où le privilège parlementaire entre en conflit avec la Charte des droits et libertés — et je pense que le sénateur Joyal a cité quelques cas où c'est arrivé —, comment résoudre la difficulté? Un article a-t-il préséance sur l'autre? D'après vous, comment décider?

M. Binnie : Dans la Constitution, rien n'a préséance sur le reste. Les privilèges, la Charte, la répartition des pouvoirs, tous ces éléments font partie de la Constitution, et le travail du tribunal est d'essayer de dégager une marche cohérente pour l'ensemble du système.

Même si certains ont prétendu que la Charte a préséance sur le privilège parlementaire, parce que le Parlement, par la Loi sur le Parlement du Canada, est l'objet d'une loi, la Cour suprême, pendant un certain temps, a caressé l'idée suivante : cette loi est donc assujettie à la Charte, ce qui, par conséquent, donne à la Charte préséance sur le privilège. Cette idée a ensuite été éclaircie, et le tribunal a jugé que le privilège était inhérent au système de Westminster, que la Charte n'avait pas préséance et qu'on devait le laisser fonctionner de façon indépendante.

Cette décision s'explique peut-être par l'idée que les tribunaux ne doivent pas s'occuper des travaux de la Chambre des communes et du Sénat et qu'ils ne doivent pas essayer de réglementer la procédure. Ce n'est simplement pas le rôle qui leur convient.

Les tribunaux tenteront d'éviter une collision frontale. Par exemple, il s'est déclenché une grande controverse, dans la Charte, entre la liberté d'expression et le droit à un procès équitable : aux États-Unis, le *New York Times* fait des commentaires sur toutes sortes de faits judiciaires qu'un journal canadien ne signalerait pas. Voilà pourquoi on a pensé que le droit à un procès équitable avait préséance sur la liberté d'expression. Et le tribunal a jugé que, au contraire, ces droits peuvent coexister, parce que la liberté d'expression ne compromet pas, en fait, toutes les fois, le caractère équitable d'un procès. Il existe de nombreux exemples où, en donnant à un droit une interprétation atténuée, on peut cependant en préserver l'essentiel, la nécessité, sans sacrifier l'autre droit.

En fin de compte, il pourrait y avoir collision frontale quand le tribunal n'a d'autre choix que de préférer un droit à l'autre, mais ce serait en dernier recours, et je pense qu'il examinerait l'utilité de chacun des deux objectifs, le contexte, la possibilité de réduire de façon minimale l'autre sans le sacrifier entièrement et tenter un compromis. En fin de compte, une partie de la description des tâches du juge est de l'expliciter. En cas de collision absolue, il faudra décider d'après l'apparence des faits.

a flat-out collision, they're going to have to decide on the facts as they appear.

Senator Wells: I wanted to go back to the discussion about regulating the internal affairs of the Senate. The Senate reserves that privilege, as does the House of Commons, of course.

We've seen the practice whereby the executive will appoint the Speaker, the executive will appoint the Leader of the Government in the Senate, correctly, and the executive would, in the past and still does, appoint the clerk.

With that separation that we so dearly hold among the legislative branch and the executive, the judiciary doesn't come into this part of the question. But with that separation that we so dearly hold between those two branches, what would be your comment on how we handle this, given the desire by the Senate to maintain its independence in its own affairs, yet the essential leadership of the Senate is chosen by the head of the executive?

Mr. Binnie: I think you're going beyond my expertise because that is a straight question of how privilege operates within the legislative branch. I suppose one would have to consider — at least in the House of Commons' case because the government commands a majority — that that same problem doesn't arise. In terms of the independence of the Senate, I think that it would require somebody with much greater familiarity as between the relationship between the government and — they have a similar problem with the House of Lords which is now in open rebellion against the British government on the terms of Brexit. There's a great argument as to whether the government has exceeded its capacity in imposing terms. So the problem you raise is not unique to Canada but falls squarely within the expertise of somebody who knows more about privilege than I do.

Senator Wells: Of course, while you were on the bench, you gave some consideration to the role of the Senate and the activities and privileges around some aspects like term limits and things like that. Sitting certainly not on the sidelines but as a key component of our three-headed system, do you see any danger in the executive branch exerting that much control over what we hold to be an entirely independent branch provided to us by our tenure and the fact that we're appointed, not elected, and the fact that we sit until we're 75 and all those things that protect us?

Mr. Binnie: It goes back to some fairly fundamental questions about the framework of the Westminster model and ultimately the ability of the House of Commons to have its way over the upper house, subject to certain conditions precedent, and the decision that this is how the system works. So I suppose, from a political science perspective, at the end of the day, the majority of the House of Commons supporting the government

Le sénateur Wells : Revenons à la discussion sur la réglementation des affaires internes du Sénat. C'est un privilège que se réserve le Sénat, tout comme, bien sûr, la Chambre des communes.

Nous avons vu que l'exécutif nomme le Président, le leader du gouvernement au Sénat, effectivement et que, par le passé, et il continue de le faire, il nomme le greffier.

Avec cette séparation que nous maintenons et qui nous est si chère entre le législatif et l'exécutif, on ne voit nulle trace du judiciaire. Mais quel serait votre commentaire sur la façon de gérer cette séparation, vu le désir du Sénat de maintenir son indépendance dans ses propres affaires, alors que, pourtant, l'essentiel de la direction du Sénat est choisi par le chef de l'exécutif?

M. Binnie : Je pense que votre question dépasse mes compétences, parce qu'elle porte directement sur l'application du privilège dans le législatif. Je suppose qu'il faudrait tenir compte — du moins à la Chambre des communes, parce que le gouvernement dispose d'une majorité — du fait que le même problème ne se pose pas. En ce qui concerne l'indépendance du Sénat, je pense qu'elle exigerait quelqu'un qui connaît beaucoup mieux la relation avec le gouvernement et... à la Chambre des lords, il se pose un problème semblable, puisqu'elle est maintenant en rébellion ouverte contre le gouvernement britannique sur les conditions du Brexit. On discute ferme sur la question de savoir si le gouvernement n'a pas excédé ses pouvoirs en imposant des conditions. Le problème que vous soulevez n'est donc pas propre au Canada, mais il entre carrément dans les compétences de quelqu'un qui en sait plus que moi sur le privilège.

Le sénateur Wells : Bien entendu, lorsque vous étiez juge, vous avez réfléchi au rôle du Sénat de même qu'aux activités et aux privilèges liés à des aspects comme la durée des mandats et ainsi de suite. Lorsqu'on siège en tant que représentant clé d'un des trois organes de notre système — certainement pas en retrait —, estime-t-on qu'il est dangereux que l'organe exécutif exerce autant de contrôle sur ce que nous considérons comme un organe entièrement indépendant dont les membres sont mandatés; que nous soyons nommés, pas élus; que nous siégions jusqu'à l'âge de 75 ans; que nous soyons protégés par toutes ces choses?

M. Binnie : Cela renvoie à des questions de fond concernant le cadre du modèle de Westminster et, en définitive, la capacité de la Chambre des communes d'imposer sa volonté à la Chambre haute, sous réserve de certaines conditions préalables, ainsi qu'à la décision de faire fonctionner le système ainsi. Je suppose donc, d'un point de vue de politicologue, qu'au bout du compte, la majorité ministérielle à la Chambre des communes imposera

will have its way. Whether that is appropriate or not in terms of the ability of the Senate to fulfill its role is really a matter for parliamentarians to work out.

The Deputy Chair: Before the second round, I have two questions for Mr. Binnie.

First, in relation to your opening remarks, you mentioned that you read Mr. Gordon's testimony and you underlined the fact that we are in a different system, because at Westminster the principle of parliamentary supremacy is still the defining principle, while in Canada we are a parliamentary constitutional democracy. Do you think the fact that Westminster has remained what it has always been, while Canada has taken a different path, would impact the principle of codification of privileges?

Mr. Binnie: I'm not sure it would impact the arguments for and against codification. I think there are complexities arising from the fact that this is a constitutional democracy, as you point out, and it places certain limits on what can or cannot be done, whereas the British Parliament would have a free hand, because, as you know, the Human Rights Act does not have the binding force of the Charter. I'm not sure that I can see a reason why it would impact the desirability or undesirability of codification.

The Deputy Chair: But you don't see any constraints on codification in the Canadian context because we have to take into account the overall structure of Parliament, as Senator Wells mentioned, whereby we are in a different context in the exercise of our parliamentarian privileges? Would the fact that we have a Charter that is binding be part of the overall context into which the codification could take place in Canada?

Mr. Binnie: Yes, absolutely, it would affect the content of the codification. But in terms of whether the codification as a concept is a good or bad thing, I'm not sure the differences in our systems would dictate a different solution. Certainly the fact that Canadians have certain rights that are as embedded in the Constitution as much as the privileges of Parliament will affect how the legislative bodies draw the limits around the privileges they enjoy.

The Deputy Chair: It seems to me one of the key elements we have to take into account in the process of codification, because the codification cannot take place in a vacuum. It has to take place within the context of the Canadian Constitution. As you know, privileges are part of the Constitution, so they are to a point determined by the overall context of the Constitution. I think that if we are to embark into codification, we have to understand the framework into which the codification will take place, the scope of it and the flexibility that we might want to keep within it to address the evolution of the Constitution as it is defined in Canada. In Britain, Parliament can change everything

sa volonté. Quant à savoir si c'est convenable ou non en ce qui a trait à la capacité du Sénat de remplir ses fonctions, c'est vraiment une question que les parlementaires doivent régler.

Le vice-président : Avant d'entamer le deuxième tour, j'ai deux questions pour M. Binnie.

Tout d'abord, dans votre déclaration liminaire, vous avez dit avoir lu le témoignage de M. Gordon et souligné le fait que nous avons un système différent car, à Westminster, le principe directeur est encore celui de la suprématie du Parlement, tandis que le Canada a une démocratie constitutionnelle parlementaire. Pensez-vous que le fait que le Parlement de Westminster soit demeuré inchangé, alors que le Canada a emprunté une autre voie, aura une incidence sur le principe de la codification des privilèges?

M. Binnie : Je ne sais pas s'il y aura un effet sur les arguments pour ou contre la codification. Je pense que des complications découlent du fait que nous avons une démocratie constitutionnelle, comme vous l'avez souligné, ce qui limite dans une certaine mesure ce qui peut ou ne peut pas être fait, alors que le Parlement britannique aurait les coudées franches, car, comme vous le savez, la Loi sur les droits de la personne n'a pas la force exécutoire de la Charte. Je ne pense pas pouvoir trouver de raison pour laquelle il y aurait des répercussions sur le bien-fondé ou non de la codification.

Le vice-président : Mais vous ne voyez aucun obstacle à la codification dans le contexte canadien parce que nous devons tenir compte de la structure générale du Parlement, comme l'a mentionné le sénateur Wells, qui fait en sorte que notre contexte diffère dans l'exercice de nos privilèges parlementaires? Faudra-t-il tenir compte de la force exécutoire de la Charte dans le contexte général où aurait lieu la codification au Canada?

M. Binnie : Oui, tout à fait, car il y aurait une incidence sur le contenu de la codification. Pour ce qui est de savoir si la codification en tant que concept est une bonne ou une mauvaise chose, je ne suis pas persuadé que les différences dans notre système justifieraient une autre solution. Chose certaine, le fait que les Canadiens ont des droits qui sont autant consacré par la Constitution que les privilèges du Parlement aura une incidence sur la façon dont les corps législatifs délimitent les privilèges auxquels ils ont droit.

Le vice-président : Cela me semble être un des principaux éléments dont nous devons tenir compte dans le processus de codification, car elle ne peut pas se faire en vase clos. Elle doit être réalisée dans le contexte de la Constitution canadienne. Comme vous le savez, les privilèges font partie de la Constitution, et ils sont donc définis dans une certaine mesure dans le contexte général de la loi constitutionnelle. Je pense que si nous nous lançons dans la codification, nous devons comprendre le cadre dans lequel elle aura lieu, sa portée ainsi que la marge de manœuvre que nous voulons préserver pour tenir compte de l'évolution de la Constitution comme elle est définie

overnight by a simple majority at Westminster, while in our context there are real limits under which we are confined to act. That seems to be one of the key elements on which we have to concentrate our reflection.

Mr. Binnie: I agree with you. The fact is that Canadians have individual rights that can be asserted and which ought to apply equally across the board, and parliamentary privilege, while it is part of the same public law, is an exception to the ability of the individual citizen to exercise his or her rights. It is a very important qualification that Britain doesn't have. It seems to me that is an argument to have a codification because of that complexity, and it ought to be addressed.

I think Senator Hays quoted one of the presidents of the U.S. as saying, "The time to fix the roof is when it's not raining," which seems to me good advice in terms of putting together a code.

The Deputy Chair: Yes, and the forecast is that it's going to rain this afternoon.

I have another question I want to put to you. I know that you have put some thought into part of section 18 of the Constitution in previous decisions. I want to read that to you:

> The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada —

That is what I want to question you on.

> — but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland . . . .

Do you think it is still essential for the Canadian Parliament to maintain this kind of reference of what is admissible at Westminster if we are to codify privileges in Canada? Or do you think we should maintain that in the very rules of the codification?

Mr. Binnie: I personally see no reason why Canada would have to judge its own requirements by reference to what England, Great Britain, was doing in 1867. Even in 1867, the British law of privilege was all over the place, and Parliament was still asserting that it had the final word and the courts disagreed. It's a very uncertain guide as to what those limits are.

au Canada. En Grande-Bretagne, le Parlement peut tout changer du jour au lendemain au moyen d'une simple majorité au Parlement de Westminster, tandis que dans notre contexte, nous devons procéder dans le respect de limites concrètes. Cela me semble être un des principaux éléments sur lesquels nous devons nous concentrer dans notre réflexion.

M. Binnie : Je suis d'accord. La réalité, c'est que les Canadiens ont des droits individuels qu'ils peuvent affirmer et qui doivent être appliqués également et de façon générale, et le privilège parlementaire, même s'il est issu du même droit public, est une exception à la capacité du citoyen à exercer ses droits. C'est une nuance très importante qui n'existe pas en Grande-Bretagne. Il me semble que cette complexité est une bonne raison de procéder à une codification; il faut se pencher sur la question.

Je pense que le sénateur Hays a cité un président américain en disant qu'il faut réparer le toit quand il ne pleut pas, ce qui me semble un bon conseil pour la mise sur pied d'un code.

Le vice-président : En effet, et on prévoit de la pluie cet après-midi.

J'ai une autre question à vous poser. Je sais que vous vous êtes penché sur une partie de l'article 18 de la loi constitutionnelle dans le cadre de décisions antérieures. Je veux vous lire ceci :

> Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par la loi du Parlement du Canada…

C'est là-dessus que porte ma question.

> … mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucun privilège, immunité ou pouvoir excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande […]

Pensez-vous qu'il est encore essentiel que le Parlement du Canada maintienne ce genre de mention concernant ce qui est admissible à Westminster si nous voulons codifier les privilèges accordés au Canada? Ou pensez-vous que nous devrions préserver cette mention dans les règles de la codification?

M. Binnie : Je ne vois personnellement pas pourquoi le Canada devrait juger ses propres exigences en fonction de ce que l'Angleterre, la Grande-Bretagne, faisait en 1867. Même en 1867, le droit britannique du privilège allait dans tous les sens, et le Parlement affirmait encore avoir le dernier mot, alors que les tribunaux s'y opposaient. C'est un guide très précaire pour

I think probably the people who drafted the section simply said, "Well, they can't run amok and create privileges beyond anything that could be considered necessary." But the fact that the fundamental principle of the British system is necessity, it seems to me, gives Canada all the licence it needs, to the extent it has to have reference to the British experience. That's really the only principle that arises out of the British experience that I would think is binding. But I don't know why Canada would want to depart from the principle of necessity. To the extent you did depart from necessity and it infringed the rights of third parties, ordinary citizens, there would be a Charter problem in any event.

The Deputy Chair: Do you think in the codification we should recognize the principle of necessity and amend section 18 through section 44, which is the prerogative of the federal Parliament to take the initiative to amend its own Constitution? Section 18 is in relation to the Parliament of Canada, per se in a statute, whereby we would adopt codification. We could at the same time amend section 18 but introduce the principle of necessity in the codification itself so that we maintain that conceptual link with privilege in the traditional Westminster style of Parliament.

Mr. Binnie: I think the question that would arise with that flows from the decision of the Supreme Court in the *Reference re Senate Reform* saying that amendment to the architecture of the Senate is not purely a matter for the Parliament of Canada, but that it being a national institution, you get into the amending formula if you make a material change.

Now, whether what you're suggesting would be considered a material change or whether it would be considered as purely a matter for the Parliament of Canada to determine, I don't know. There would be arguments both ways because I think certainly the provinces would take the view that any step to amend the Senate, even in marginal ways, may somehow undermine their position of the Senate as a national, not a federal, institution.

The Deputy Chair: I don't want to argue with you, but in one of your own decisions, you concluded that the source of privileges for provincial legislatures stems from the introductory clause of the Constitution, whereby the federal Parliament derives its claim of privilege from section 18 in the Parliament of Canada Act. So it could be an argument on both sides.

Mr. Binnie: But I did not have in mind what emerged as the decision of the Supreme Court in the *Reference re Senate Reform*. That was at pains to redraw the relationship between the Senate and the provinces as part of a much broader picture. If I were writing that today, I would have to take into account what the Supreme Court said in the *Reference re Senate Reform*.

délimiter les privilèges. Je pense qu'il est probable que les rédacteurs de l'article aient tout simplement dit qu'on ne pouvait pas perdre tout contrôle et créer des privilèges au-delà de ce qui pouvait être considéré comme nécessaire. À mon avis, le fait que la nécessité soit le principe de fond du système britannique donne au Canada toute la latitude dont il a besoin, dans la mesure où il doit s'inspirer de l'expérience britannique. C'est vraiment le seul principe émanant de l'expérience britannique qui est contraignant selon moi, mais je ne vois pas pourquoi le Canada voudrait se défaire du principe de la nécessité. Si jamais vous délaissez le principe de la nécessité et que vous empiétez ainsi sur les droits de tierces parties, de citoyens ordinaires, cela contreviendrait de toute façon à la Charte.

Le vice-président : Pensez-vous que nous devrions reconnaître dans la codification le principe de la nécessité et amender les articles 18 à 44, qui portent sur la prérogative du Parlement fédéral de prendre l'initiative d'amender sa propre constitution? L'article 18 concerne le Parlement du Canada, à proprement parler dans un texte législatif, et nous permet d'adopter une codification. Nous pourrions amender en même temps l'article 18, mais insérer le principe de la nécessité dans la codification proprement dite afin de maintenir le lien conceptuel avec le privilège dans le style traditionnel des Parlements de Westminster.

M. Binnie : Je pense que la question qui serait ainsi soulevée se rapporterait à la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, selon laquelle il ne revient pas strictement au Parlement du Canada d'amender l'architecture du Sénat. Cependant, comme c'est une institution nationale, tout changement important doit se faire au moyen de la formule d'amendement.

Quant à savoir si ce que vous proposez serait considéré comme un changement important ou une question que seul le Parlement du Canada peut régler, je l'ignore. On peut plaider dans les deux sens, car je suis certain que les provinces seraient d'avis que toute mesure visant à modifier le Sénat, même de façon marginale, pourrait remettre en question la notion selon laquelle le Sénat est une institution nationale, pas fédérale.

Le vice-président : Je ne veux pas me disputer avec vous, mais dans une de vos propres décisions, vous avez conclu que la source des privilèges pour les assemblées législatives provinciales émane de l'article introductif de la Constitution, sur lequel le Parlement fédéral appuie sa revendication de privilège à l'article 18 de la Loi sur le Parlement du Canada. L'argument peut donc être évoqué de part et d'autre.

M. Binnie : Mais je n'avais pas à l'esprit la décision rendue par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*. On s'est évertué à redéfinir la relation entre le Sénat et les provinces dans le cadre d'une vue d'ensemble beaucoup plus vaste. Si je devais réécrire cette décision aujourd'hui, je tiendrais

The Deputy Chair: Thank you very much. I wonder if my honourable colleagues would like to deliberate if we should not retain your service to help draft a codification initiative so that we could, from that document, then reflect upon and see how much progress we could make in relation to this. The only remark I will make in conclusion is that, as you know, as the familiar dictum says, you need two to tango,and if we go for codification, we will need to have the concurrence of the House of Commons, as you know. It would have to be a joint initiative.

On the other hand, I think it's for the Senate to take the initiative in relation to that and do the groundwork needed to move on that, because I think that the conclusions of the special report of this committee in relation to privileges is still very valid. As you saw from jurisprudence, a number of cases in the last 20 years in relation to privileges are accumulating — I'm sure you keep an eye on the agenda of the higher courts in Canada — and as you can see, they are not diminishing but are in fact adding. There is a situation that we need to address, that Parliament needs to address, to face the challenges of the Charter and how we manage our own affairs.

Thank you very much, Mr. Binnie. Unless you have conclusive remarks to present, I will adjourn this meeting.

Mr. Binnie: Thank you all for listening to somewhat rambling answers. I would have hoped to have achieved greater brevity in response, but there it is. Thank you very much for the invitation and for hearing me out.

The Deputy Chair: Thank you very much, Mr. Binnie. We'll keep in touch in the next weeks. Senator Housakos, who is the chair of this committee, will keep in touch with you on behalf of the members of this committee.

Thank you very much, honourable senators.

(The committee adjourned.)

compte de ce que la Cour suprême a dit dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*.

Le vice-président : Merci beaucoup. Je me demande si mes collègues aimeraient discuter de la possibilité de retenir vos services pour nous aider à préparer une initiative relative à la codification afin de pouvoir, à partir de ce document, y réfléchir et voir dans quelle mesure nous pouvons progresser dans ce dossier. La seule observation que je vais faire en guise de conclusion est que, comme le dit le dicton populaire, le tango se danse à deux, et si nous optons pour la codification, nous aurons besoin de l'assentiment de la Chambre des communes, comme vous le savez. Il faudra que ce soit une initiative conjointe.

Je pense toutefois qu'il revient au Sénat de faire preuve d'initiative et d'accomplir le travail préparatoire nécessaire pour aller de l'avant, car je crois que les conclusions du rapport spécial du comité concernant les privilèges sont toujours valables. Comme vous l'avez vu dans la jurisprudence, un certain nombre de causes ont porté sur les privilèges au cours des 20 dernières années — je suis certain que vous jetez un coup d'œil au programme des cours supérieures du Canada —, et comme vous pouvez le constater, plutôt que de diminuer, ce nombre augmente. Il y a une situation à laquelle nous devons remédier, que le Parlement doit examiner, pour faire face aux défis liés à la Charte et à la façon dont nous gérons nos propres affaires.

Merci beaucoup, monsieur Binnie. À moins que vous n'ayez des observations en guise de conclusion, je vais lever la séance.

M. Binnie : Merci à vous tous d'avoir écouté mes réponses un peu décousues. J'aurais aimé être plus bref, mais c'est ainsi. Merci beaucoup de m'avoir invité et écouté.

Le vice-président : Merci beaucoup, monsieur Binnie. Nous allons rester en contact au cours des prochaines semaines. Le sénateur Housakos, le président du comité, communiquera avec vous au nom des membres du comité.

Merci beaucoup, chers collègues.

(La séance est levée.)

WITNESSES

Tuesday, May 1, 2018

As an individual:

Richard Gordon, Barrister, Brick Court Chambers.

Tuesday, May 8, 2018

As an individual:

The Honourable Dan Hays, P.C., former Speaker of the Senate.

Tuesday, May 22, 2018

The Honourable Ian Binnie.

TÉMOINS

Le mardi 1er mai 2018

À titre personnel :

Richard Gordon, Avocat, Brick Court Chambers.

Le mardi 8 mai 2018

À titre personnel :

L'honorable Dan Hays, C.P., ancien Président du Sénat.

Le mardi 22 mai 2018

L'honorable Ian Binnie.